

Ciudadanía liberal y moralismo legal

Jesús Ignacio Delgado Rojas

Tesis depositada en cumplimiento parcial de los requisitos para el
grado de Doctor en

Derecho

Universidad Carlos III de Madrid

Director:

Eusebio Fernández García

Octubre 2019

Esta tesis se distribuye bajo licencia “Creative Commons **Reconocimiento – No Comercial – Sin Obra Derivada**”.



CONTENIDOS PUBLICADOS Y PRESENTADOS

Algunos fragmentos del capítulo “Dignidad Humana” han sido publicados como:

- “Dignidad, autonomía y felicidad según Kant”, en *Anais II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino* organização Universidade Federal do Rio de Janeiro-UFRJ, Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, mayo 2019, pp. 491 - 506. ISSN 5505-7649.
- “Dignidad humana”, en *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 15, octubre 2018, pp. 176 - 197. ISSN 2253-6655. DOI: 10.20318/eunomia.2018.4347

Una versión previa y más reducida del capítulo sobre “Libertad y comunidad en Dworkin” fue publicada en *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 6, marzo 2014, pp. 377 - 386. ISSN 2253-6655.

ÍNDICE

NOTA PREVIA.....	8
------------------	---

PARTE PRIMERA

INTRODUCCIÓN

1. ¿POR QUÉ HOY UN TRABAJO COMO ESTE?.....	14
2. EL <i>SER</i> Y EL NO <i>DEBER SER</i> DEL TRABAJO.....	19
3. ENTRE LIBERALES Y MORALISTAS. EL ENFOQUE DEL LIBERALISMO IGUALITARIO.....	22
3.1. Lo que el liberalismo impone, propone y (veladamente) presupone.....	34
3.2. ¿Qué es lo que estamos discutiendo? <i>Homogeneidad moral</i> vs. <i>Pluralismo razonable</i>	55
3.3. El argumento de la neutralidad liberal.....	63
3.4. Contra las acusaciones de escepticismo y relativismo.....	72
3.5. El argumento <i>moral</i> de la abstención.....	78
4. MORALISMO LEGAL. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS.....	81

Cap. PRIMERO. LAS CONCEPCIONES DEL BIEN Y VIDA BUENA

1. INTRODUCCIÓN.....	85
2. PRINCIPIO DE AUTONOMÍA Y PLAN DE VIDA.....	98
2.1. El enfoque objetivo versus enfoque subjetivo acerca de las concepciones de lo bueno	101
3. ALCANCE DEL PLAN DE VIDA: ELECCIÓN O (TAMBIÉN) SATISFACCIÓN EFECTIVA.....	112
4. JUSTIFICACIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA EN LOS PLANES DE VIDA.....	115

Cap. SEGUNDO. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA. LA IDEA DE DIGNIDAD HUMANA Y EL AUTORRESPECTO

<i>DIGNIDAD HUMANA</i>	125
1. INTRODUCCIÓN.....	125
2. LA DIGNIDAD HUMANA NO ES ÉTICAMENTE NEUTRA Y SÍ ES ÉTICAMENTE DETERMINABLE.....	136
3. KANT Y LA DIGNIDAD HUMANA.....	141

3.1. Introducción.....	141
3.2. El imperativo de universalización de máximas.....	144
3.3. La dignidad humana a través de la segunda formulación del imperativo categorico: la idea de humanidad.....	156
3.4. Dignidad y autonomía.....	164
3.5. Dignidad y Reino de los fines.....	173
3.6. Dignidad de ser feliz y no interferencia.....	181
4. LA ACTUALIZACIÓN DE LA IDEA KANTIANA DE DIGNIDAD.....	204
<i>AUTORRESPETO</i>	214
1. INTRODUCCIÓN.....	214
2. EL AUTORRESPETO COMO BIEN PRIMARIO EN LA <i>TEORÍA DE LA JUSTICIA</i> DE JOHN RAWLS.....	220
3. RESPETO Y AUTORRESPETO.....	230
4. DAVID HUME Y EL ORGULLO.....	245
5. KANT: AUTOESTIMA Y SOSIEGO INTERIOR PARA NO CAER EN LA INDIGNIDAD.....	260
6. CRÍTICA A LA IDEA DE AUTORRESPETO DE RAWLS.....	267
7. RONALD DWORKIN: AUTORRESPETO Y LA RESPONSABILIDAD DE VIVIR BIEN.....	274
7.1. Autorrespeto.....	280
7.2. Autenticidad.....	283

PARTE SEGUNDA

Cap. TERCERO. MILL Y EL DEBATE SOBRE UNA ESFERA PRIVADA LIBRE DE INJERENCIAS

1. INTRODUCCIÓN.....	288
2. VISITANDO, UNA VEZ MÁS, A JOHN STUART MILL.....	294
2.1. Una educación extraordinaria: el <i>experimento</i> de un padre.....	296
2.2. Años difíciles y nuevas influencias.....	302
2.3. Amor y éxito en la madurez.....	311
3. <i>ON LIBERTY</i> Y EL -NADA- SENCILLO PRINCIPIO DEL DAÑO.....	324
4. LA ESFERA PRIVADA LIBRE DE INJERENCIAS.....	332
5. DESPOTISMO DE LA COSTUMBRE Y TIRANÍA DE LA MAYORÍA.....	335
6. RELIGIÓN Y MORAL.....	339
7. LIBERTAD NEGATIVA Y POSITIVA EN STUART MILL.....	342
8. ALGUNAS DIFICULTADES Y OTRAS ACOTACIONES EN TORNO AL CONCEPTO DE DAÑO. EL ARGUMENTO DE MILL COMO RAZÓN (TAMBIÉN) MORAL. ¿NOS SIRVE EL PRINCIPIO PARA LA PRÁCTICA?....	345

Cap. CUARTO. JAMES FITZJAMES STEPHEN: UNA LECTURA CONSERVADORA DE LA MORAL SOCIAL

1. INTRODUCCIÓN.....	359
2. REFERENCIA BIOGRÁFICA.....	360
3. SEMBLANZA DE UNA FUERTE PERSONALIDAD.....	362
4. UN CRISTIANO POCO <i>ORTODOXO</i>	365
5. TRAYECTORIA INTELECTUAL.....	368
6. LA FILOSOFÍA PENAL DE STEPHEN.....	375
7. <i>LIBERTY, EQUALITY, FRATERNITY</i>	383
7.1. Libertad.....	392
7.2. Igualdad (social).....	402
7.3. Igualdad (política).....	405
7.4. Fraternidad.....	406
8. <i>LIBERTY, EQUALITY, FRATERNITY</i> Y DERECHO PENAL. UNA DEFENSA DEL MORALISMO LEGAL.....	409
9. LIBERALISMO SIN DEMOCRACIA.....	413
10. LA SANCIÓN FINAL.....	416

Cap. QUINTO. EL INFORME WOLFENDEN..... 419

Cap. SEXTO. EL *PECADO* DEL JUEZ DEVLIN

1. ALGUNOS APUNTES BIOGRÁFICOS.....	438
2. EL PAPEL DE LOS JUECES EN LA DEFENSA DE LA MORALIDAD.....	443
3. EL PAPEL DEL JURADO EN LA DEFENSA DE LA MORALIDAD.....	452
4. EL MORALISMO LEGAL COMO DEFENSA DE LA SOCIEDAD.....	456
4.1. La sociedad como comunidad de ideas. Cohesión social o desintegración.....	459
4.2. No hay límites para la legislación moral.....	471
4.3. Los sentimientos de intolerancia, indignación y repugnancia del hombre del autobús de Clapham.....	474
4.4. Algunas notas añadidas para defender el moralismo legal.....	482
4.5. La voz de Devlin resuena con fuerza en la jurisprudencia norteamericana.....	484

Cap. SÉPTIMO. HART: LO ÍNTIMO, LO INMORAL Y LO INDECENTE

1. ALGUNOS APUNTES BIOGRÁFICOS.....	492
2. HART Y SU CRÍTICA AL MORALISMO LEGAL.....	509
2.1. No existe una única moral social.....	517
2.2. La violación de las normas morales no desintegran la sociedad.....	522
2.3. El Derecho no es el mecanismo más apropiado.....	524
2.4. La moralidad requiere voluntariedad.....	527
2.5. Algunas notas añadidas para oponerse al moralismo legal.....	529

PARTE TERCERA

Cap. OCTAVO. PANORAMA TRAS LA POLÉMICA.....	536
Cap. NOVENO. LIBERTAD Y COMUNIDAD EN DWORKIN.....	546
1. IDENTIFICACIÓN DE LA COMUNIDAD CON LA MAYORÍA.....	548
2. PATERNALISMO.....	549
3. INTERÉS INDIVIDUAL.....	550
4. INTEGRACIÓN.....	553
Cap. DÉCIMO. EL MORALISMO LEGAL Y SUS ACOMPAÑANTES	
<i>POPULISMO MORAL.....</i>	<i>559</i>
1. LA SEMEJANZA ENTRE EL POPULISMO MORAL Y EL CONSERVADURISMO.....	561
2. LA APELACIÓN A LOS SENTIMIENTOS DE LOS POPULISTAS MORALES.....	568
3. LOS RIESGOS DEL POPULISMO MORAL PARA LA DEMOCRACIA.....	572
<i>PERFECCIONISMO.....</i>	<i>589</i>
1. INTRODUCCIÓN.....	589
1.1 Algunas distinciones entre perfeccionismo y paternalismo.....	591
2. EL EMBATE DESDE LAS FILAS PERFECCIONISTAS.....	593
3. LA RESPUESTA LIBERAL AL ATAQUE PERFECCIONISTA.....	599
4. LIBERALISMO Y AUTONOMÍA: IMPARCIALIDAD, NEUTRALIDAD Y LA VIABILIDAD DE UN PERFECCIONISMO DE LA AUTONOMÍA.....	603
4.1. La estrategia de la imparcialidad liberal.....	607
5. PERFECCIONISMO Y LÍMITES A LA INTERFERENCIA ESTATAL.....	617
<i>PATERNALISMO.....</i>	<i>624</i>
1. INTRODUCCIÓN.....	624
2. HART Y DEVLIN: UN PATERNALISMO CONFUSO A LA SOMBRA DE MILL.....	638
2.1. El incompetente básico.....	643
3. NOZICK Y PARFIT: LA ESTRATEGIA DE UN PATERNALISMO LIBERAL QUE MIRA AL FUTURO.....	647
4. CONSENTIMIENTO Y PUESTA EN RIESGO.....	653

<i>COMUNITARISMO</i>	659
1. INTRODUCCIÓN.....	659
2. CONTRA LA ESQUIZOFRENIA LIBERAL.....	664
3. PUNTUALIZACIONES LIBERALES A ALGUNAS TESIS COMUNITARITAS.....	676
4. ¿NECESITA LA TOLERANCIA BASARSE EN JUICIOS MORALES SUSTANTIVOS?.....	683
5. EL LIBERAL <i>INTEGRADO</i> EN SU COMUNIDAD.....	695
6. ¿LOS MALES QUE DIAGNOSTICAN LOS COMUNITARISTAS SE CURAN CON MENOS LIBERALISMO?.....	704
 CONCLUSIONES	 709
 BIBLIOGRAFÍA	 720

NOTA PREVIA

Este trabajo es el fruto de mi investigación doctoral. Una tesis que me reportó, desde septiembre de 2014 a julio de 2019, más satisfacciones que sinsabores. En una relación de cinco años hay espacio para el gusto y el disgusto, para la inquietud por las cuestiones abiertas y para el tedio por no encontrarles soluciones definitivas. Pero en ese periodo, además de la discusión sosegada y el estudio pausado, también hubo ocasión para el disfrute, la charla amigable, la buena mesa, los viajes, la música y el cine. Ello también forma y alza las miras.

El objeto central del trabajo que aquí se presenta es la indagación sobre la existencia de determinados espacios legales en los que la imposición de una moral (mayoritaria o social) podría estar o no justificada. El tema de la *Ciudadanía liberal y moralismo legal* no es el recuento inabarcable de las relaciones entre el Derecho y la moral, sino un capítulo concreto de la historia de dicha relación. Es, precisamente, un tema específico que sólo puede comprenderse a partir de mediados del s. XIX, desde el planteamiento liberal iniciado con John Stuart Mill en el *On liberty* (1859), y la respuesta que a éste da el juez Fitzjames Stephen en *Liberty, Equality, Fraternity* (1873). Polémica que vuelve a revitalizarse, casi un siglo después, en Inglaterra con las obras de H.L.A. Hart y Patrick Devlin, tras la publicación del Informe Wolfenden que recomendaba la despenalización de la homosexualidad.

La nota distintiva del denominado moralismo legal es la imposición de la moral por medio del Derecho. Paralelamente, se planteará la postura de la neutralidad o no de las instituciones jurídicas y políticas del Estado, en relación con las convicciones éticas de sus ciudadanos, modelos de vida buena o concepciones del bien.

Este es un trabajo que humildemente se adentra en la historia de las ideas morales y políticas. Que no espere el lector prescripciones al poder político sobre cómo se deberían regular cuestiones latentes que siguen siendo polémicas. Me interesa más bien rescatar estos debates para ver lo que pueden seguir aportándonos al encarar problemas actuales. En este sentido, más que de Filosofía Política o de Ciencia Política, es un trabajo que se enmarca en el ámbito propio de la Filosofía del Derecho. Éste es su enfoque y más concretamente el de la Ética jurídica.

Siento especial atracción por las biografías personales e intelectuales de los personajes que desfilan por estas páginas. Por ello he dedicado, en ocasiones más de lo debido, algunas partes a mostrar sus itinerarios vitales. Entiendo que conocer la vida y obra de ellos ayuda a contextualizar y comprender mejor su pensamiento acerca de estos temas.

Empecé esta tesis siendo más liberal de como la acabo. Pero tampoco la terminé más conservador de como la empecé. Las posiciones que aquí se mantienen difícilmente pueden entenderse enteramente neutrales. En algunos puntos la descripción aséptica de los planteamientos puede dar paso a las valoraciones subjetivas, a la crítica o a la aprobación. En un tema como este creo que no puede ser de otro modo, aunque lógicamente prima la finalidad académica en su conjunto.

Se estima la existencia del Estado y el valor de la democracia como logros irrenunciables que posibilitan la convivencia y el desarrollo de las potencialidades del ser humano en un marco de orden y paz. Se parte del Estado social de Derecho y del límite infranqueable de los derechos humanos fundamentales como único escenario respetuoso con la dignidad, libertad y autonomía de los individuos para desplegar sus planes de vida.

La perspectiva filosófica que creo que tiene mejores credenciales para abordar estos temas es la liberal. La filosofía del liberalismo converge en una visión del mundo

en la que prima el papel central del individuo, sus derechos y deberes, y un Estado que ejerce su poder de forma limitada en beneficio y al servicio de aquél. Se aboga por un liberalismo conocedor de sus deficiencias tradicionales y que reconoce las tensiones y demandas que genera el postulado de la igualdad. Las tesis del liberalismo igualitario serán un punto de arranque apropiado para empezar a discutir sobre la cabida o no del moralismo legal en nuestras sociedades actuales.

No me preocupa tanto dónde situar la línea del daño como señalar que esta existe. Detrás de ella se esconde la valía de nuestra intimidad, la sencillez de nuestras decisiones personales, la grandeza de nuestra autonomía, la configuración de nuestro plan de vida. Si existe algo parecido a la vida buena esa será la que cada uno elija para sí.

Pido anticipadamente disculpas al amable lector por las servidumbres típicas en que se incurren al realizar un trabajo de esta naturaleza. La reiteración de citas, la densidad o extensión de algunas partes y el acopio bibliográfico en sacrificio de la claridad expositiva, pueden dificultar en algunos puntos su lectura.

Al comienzo de esta andadura conseguí una beca de Formación de Profesorado Universitario (FPU) del Ministerio de Educación. Ello me permitió poder dedicarme a estos menesteres con la decencia que merecen y, lo que es más importante, me posibilitó participar de la vida académica de un departamento universitario. En el departamento de Derecho Internacional Público, Eclesiástico y Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid he conocido a no pocos compañeros capaces de ayudarte con cordialidad y paciencia en el inicio de la investigación y la docencia.

También me beneficié, en el marco de mi programa FPU, de una estancia de investigación en la Universidad de Los Andes de Bogotá (Colombia) bajo la tutela del profesor Rodolfo Arango, hoy magistrado de la tan anhelada y necesaria Jurisdicción Especial para la Paz. Recuerdo de forma entrañable aquel periodo de mi formación

gracias a las personas a las que tuve ocasión de conocer y con las que puede intercambiar impresiones sobre mi tema de investigación desde otro punto de vista geográfica y culturalmente distinto al mío.

Esta tesis doctoral se nutre del magisterio indudablemente liberal, y moderado por convicciones socialdemócratas, de su director. Al profesor Eusebio Fernández García le debo agradecer, por encima de todo, el don de su sincera amistad. De su ayuda y acertados consejos soy deudor. Y, como se suele decir en este contexto, su guía y dirección académica no le responsabilizan de modo alguno de los errores que este trabajo pudiera contener.

El Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia fue, en buena medida, un excelente foro para la discusión y el contraste de ideas. Sus diferentes miembros, en especial las generaciones más jóvenes de doctorandos como yo, son buenos ejemplos de investigadores comprometidos, con talentos críticos y abiertos, y mostrando siempre la cara más amigable de este oficio.

Deseo realizar una mención a Blanca Nieves Arias, defensora de derechos por vocación y maestra de profesión, que no pudo ver acabada esta tesis como le hubiera gustado. Y en especial a su hijo, Germán Jair, que ha sabido compartir su tiempo sin celo ni afanes con esa otra pareja en que se acaba convirtiendo la tesis.

Dedico este trabajo para la obtención del grado de Doctor en Derecho a mis padres, Marily y Emiliano, por tanto como me han dado. Por todo.

Getafe, a 25 de julio de 2019.

PARTE PRIMERA





INTRODUCCIÓN

1. ¿POR QUÉ HOY UN TRABAJO COMO ESTE?

Una de las reflexiones más recurrentes que se han planteado en el pensamiento jurídico-filosófico ha sido la del alcance y límites de la coacción por el Derecho de las acciones u omisiones de los individuos sometidos a su imperio. Se trata de responder a la capital pregunta sobre qué ámbitos de conducta debe un orden jurídico someter bajo su regulación y qué otros, por el contrario, deben quedar al margen de este.

La respuesta a esta cuestión entraña más importancia que la que una respuesta precipitada podría recomendar. Pues de su articulación, más o menos acertada, se pueden inferir otros muchos componentes de un ordenamiento jurídico. Por ello, es una respuesta que depende de la contestación previa que demos sobre los fines buscados con el Derecho y, así, a los fundamentos que le legitiman para establecer las prohibiciones y mandatos a las personas que penden bajo su disciplina, y qué castigar (y por qué castigarlo) cuando sus normas coactivas son transgredidas. Qué comportamientos puede el Derecho regular y qué otros deben ser dejados libres de toda interferencia coactiva dependerá, en definitiva, de qué fines postulemos que debe el sistema jurídico perseguir: así no someteremos a la misma regulación los comportamientos de sujetos cuyo ordenamiento jurídico aspire a la salvación de sus almas que aquel que se enderece al perfeccionamiento moral de sus ciudadanos; al igual que se alcanzarán resultados jurídicos distintos si el Derecho sitúa entre sus fines la realización terrenal de un derecho natural, la protección de la seguridad jurídica y la propiedad, o la garantía indubitada de los derechos fundamentales y las condiciones sociales para la creación de una sociedad de ciudadanos libres e iguales.

Conviene también puntualizar, como importante paso en la delimitación de nuestro objeto de estudio, el marco teórico desde el cual vamos a abordar esta cuestión. Cuando debatimos hoy sobre el alcance y límites de la intervención estatal, y lo hacemos desde una óptica marcadamente liberal que venera la libertad individual como valor primordial, podemos enmarcar su discurso en una infinidad de situaciones que, sin desvincularse unas de otras, mantendrían cada una sus perfiles propios. Así, el debate podría situarse en el vasto campo del sistema económico y cómo la intervención del Estado debe influir en él o no, lo cual ha acaparado gran parte de las atenciones del liberalismo político desarrollado en el Occidente capitalista en las últimas dos centurias;

o se puede centrar la discusión en las relaciones laborales, en la distribución de recursos, o en las relaciones interestatales. Prácticamente, en cualquier espacio de la reflexión política pueden aparecer, directa o tangencialmente, asuntos de oportunidad o no de la intervención estatal. Pero, y quizás sin poder prescindir de estas múltiples aristas desde las que analizar el intervencionismo, nuestro cometido en lo que sigue aparece caracterizado con sus propias vestimentas. La tarea que nos ocupa nos ubica en la relación existente entre un comportamiento y su calificación moral o, dicho en términos que nos resultan familiares por su incesante tradición, nos situamos en la tensa y difícil relación entre el Derecho y la moral.

El debate en torno a este punto reviste importancia no solo desde un punto de vista práctico, en tanto que incide frontalmente en la vida que los ciudadanos despliegan privada y socialmente, sino que se ha convertido en uno de los asuntos que más interesan a la filosofía jurídica y política contemporánea. Como ya señalaba el profesor Laporta «el problema de las relaciones entre moral y Derecho no es *un* tema de la filosofía jurídica, sino que es *el* lugar donde la filosofía del Derecho *está*. Tan pronto como se planta uno ante un problema filosófico-jurídico está pisando ya ese terreno ubicado entre la moral y el Derecho (...). Las relaciones entre la moral y el Derecho es como la definición de su propio ámbito de reflexión, aquel terreno para trabajar en el cual se van acarreado las herramientas de otros saberes. Su seña de identidad»¹

No es mi intención aquí, ya avanzo, pues sería presuntuoso por mi parte a la par de infructífera mi actividad, intentar mostrar la vasta y extensa literatura que la relación entre el Derecho y la moral ha ocupado en el pensamiento jurídico.

Hacer acopio de los tantos debates que se han enzarzado en torno a la complejidad y dimensiones que irradia la conexión o separación del Derecho y la moral en un sistema jurídico, sería una ardua tarea que haría desfallecer al mejor de los mortales. Que no augure el ducho lector que al final de estas líneas un doctorando, neófito en estas artes,

¹ LAPORTA F.J., *Entre el Derecho y la moral*, Fontamara, México, 1993 (reimpr. 2007), p. 7. Algo similar a lo que mantenía años antes el filósofo norteamericano Ronald Dworkin cuando en la Introducción a su *Philosophy of law* ya sugería que “la filosofía jurídica no es una disciplina de segundo orden que tenga por objeto el razonamiento jurídico ordinario, sino que ella misma es el nervio de la reflexión sobre el derecho”. DWORKIN R. (ed.), *The Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1977. Cito por la traducción de Javier Sáinz de los Terreros, *La Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, 1ª ed. 1980 y 2ª ed. 2014, p. 40.

vaya a dar respuesta concluyente a lo que los siglos y la maestría de la teoría del Derecho, con sus abundantes sabios y amplios saberes, no ha podido consagrar².

Es una reflexión siempre presente en la tradición filosófica y de la que, desde uno u otro enfoque, ha participado cualquier teórico del Derecho. Una relación entre dos órdenes normativos cuya imbricación nunca ha podido ser rechazada ni aceptada con meridiana contundencia. Y en el panorama que hoy se nos presenta tampoco parece que la situación vaya a ser mucho más esclarecedora.

La bibliografía iusfilosófica latina y anglosajona atestigua un renovado interés por los problemas de Ética jurídica, por los dilemas de la razón práctica y una rehabilitación por los temas clásicos de Ética normativa. La búsqueda de una moral social en sociedades plurales y complejas, la convivencia con los desacuerdos irresolubles que plantean las diferentes doctrinas comprensivas, la estabilidad de consensos mínimos para la paz social, la legitimación del poder político (y cuando no la crisis de la representación política), la importancia de los derechos humanos en los avances tecnológicos y científicos, el valor de la privacidad en la sociedad de masas y de las telecomunicaciones, el inagotable concepto de dignidad humana como fundamento del individualismo ético o las continuas referencias a la supuesta crisis del liberalismo o de la democracia liberal son algunos ejemplos que transitan continuamente de la Filosofía política a la Filosofía moral, y viceversa. Quizás no es que asistamos a una recuperación de esas cuestiones; sino que nunca se llegaron a marchar.

El tema sigue atrayendo la atención de juristas en torno a problemas prácticos que no son ni anacrónicos ni están superados³. Una relación siempre tensa y nunca pacífica,

² Como ha señalado Pérez Luño, “al abordar la temática de la distinción entre la moral y el Derecho se penetra en una de las cuestiones más complejas de la investigación iusfilosófica. Con razón la denominó Ihering el Cabo de Hornos, o de las tempestades, de la ciencia jurídica y glosando estas palabras Croce propuso que se la denominase el Cabo de los naufragios, aludiendo al fracaso de gran parte de las tentativas teóricas de trazar una clara delimitación entre el significado de la experiencia jurídica y las reglas de la moral”. PÉREZ LUÑO A.E., *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1982, p. 43.

³ De hecho, todo *curso* de Filosofía del Derecho sigue situando entre sus temas tópicos las referencias a estas cuestiones. El que sigan apareciendo estos temas en los manuales de dicha asignatura, por no decir en cualquier monografía de ensayos sobre filosofía jurídica y política, hace suponer que todavía sigue mereciendo la pena cuestionarse (y hacer cuestionar al resto) sus preguntas centrales. A modo de ejemplo, uno de los manuales que se utilizan en Oxford es el de Mark Tebbit. Sus primeros siete capítulos se dedican a la identificación del Derecho y sus relaciones con la moral; el capítulo 10, titulado “Law and private morals”, trata precisamente el tema del que aquí nos ocuparemos. Véase TEBBIT M., *Philosophy of law*, Routledge, Oxford, 3ª ed. 2017, pp. 162-174.

incluso «inevitablemente condenada a la polémica»⁴, cuya problemática se actualiza cuando, de modo acuciante, se nos exige hoy la asunción de una posición moral (o de un punto de vista sobre la moral) respecto a cuestiones que, cayendo en terreno “fronterizo”, no sabemos bien a qué orden normativo corresponde su juicio.

En las siguientes líneas, pecando de atrevimiento, daré prioridad al tema de las conexiones entre el Derecho y la moral más que predicar sus desencuentros y separaciones tajantes. Quizás este proceder sea ya una toma de postura previa, pero que sin embargo no puede caer en el equívoco de ignorar su pertinente diferenciación. Mi punto de partida es la defensa de una conexión empírica -no conceptual- entre ambos órdenes normativos, teniendo a bien reconocer la distinción de planos, problemas y contenidos que los delimitan. Ya que en muchas ocasiones la confusión imperante en la materia responde más bien a defectos intrínsecos conceptuales que a la no menos inevitable polémica entre iusnaturalismo y positivismo jurídico. Solo desde la comprensión de las diferencias que distinguen al Derecho de la moral, estaremos en la mejor posición para comprobar los múltiples ámbitos de operación compartidos por ambos órdenes normativos⁵. Nos avisaba Eusebio Fernández que, si hay que «mirar con desconfianza cualquier invasión de la política en la moral o una excesiva moralización del Derecho», ello a lo que nos impele es a «distinguir y no confundir, pero no hay que separar» el Derecho de la moral⁶. La distinción entre la moral privada y la moral pública a la que estamos obligados, para no herrar en el intento de diferenciarlas, «no quiere decir, en ningún caso, que el ámbito de la política pueda escapar a ser objeto de valoración moral, aunque la evaluación ética de las acciones políticas exija unas reglas peculiares, necesariamente no iguales a las evaluaciones que rigen para la vida privada»⁷.

⁴ Como acostumbra en señalar el profesor Andrés Ollero en OLLERO A., GARCÍA AMADO J.A. y HERMIDA DEL LLANO C., *Derecho y moral: una relación desnaturalizada*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2012, p. 11. Comprobamos como el título de la obra ya es suficientemente evocador de la traumática tensión entre ambos órdenes.

⁵ Ya advertía el profesor Gregorio Peces-Barba que “la distinción entre Derecho y moral no debe dificultar el esfuerzo por constatar las conexiones entre ambas normatividades en la cultura moderna, ni la lucha por la incorporación de criterios razonables de moralidad en el Derecho, ni tampoco la crítica desde criterios de moralidad al Derecho válido”. PECES-BARBA G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Debate, Madrid, 1983, p. 157.

⁶ FERNÁNDEZ GARCÍA E., *La obediencia al Derecho*, Cívitas, Madrid, 1987 (reimpr. 1998), p. 27.

⁷ FERNÁNDEZ GARCÍA E., *La obediencia al Derecho*, op. cit., p. 30.

Ética, política y Derecho se rigen por códigos diferentes, pero ello no quiere decir que sus relaciones sean de oposición recíproca⁸. En este trabajo se pretende dar cuenta de la importancia de la distinción de planos y problemas que caracteriza a cada una de estas tres áreas que marcan la conducta humana. Estar convencidos de la necesidad de que el Derecho se sustente en una ética, que la política no puede estar desconectada de contenidos éticos, y que la ética puede aportar soluciones no válidas para el juego político y jurídico no equivale a afirmar la unidad de estos tres mundos. Tampoco se afirma la identidad de planos en que cada uno opera. Ni se aboga por una moralización desorbitada del Derecho. La triada ética, política y Derecho con sus problemas conexos y diálogos continuos, debe mantenerse sin invadir los campos que le son propios a cada área, sin las confusiones a las que abocan los paternalismos y perfeccionismos. De ello se dará cuenta aquí. Recordemos que lo valioso de la conducta ética es la adhesión personal, el firme convencimiento del estar obrando correctamente. Al entrar en contacto con el elemento coactivo, toda conducta cumplida a golpes de amenazas pierde su mérito moral.

Es cierto que todos estamos afectados por las tensiones entre estos tres órdenes normativos. Las distinciones entre moral pública y moral privada a veces son más difusas que claras. En los asuntos que aquí se tratarán parecería que ambas esferas se pueden distinguir nítidamente, según se desprendería de una lectura rápida de Stuart Mill. Luego veremos que el autor del *Sobre la libertad* tampoco aboga por una separación tan tajante y que el principio del daño tiene complicaciones prácticas para determinar qué acciones (si es que las hay) afectan sólo a uno mismo. De todos modos, aunque sea a efectos metodológicos y expositivos, la diferencia entre público y privado sigue siendo válida para evidenciar un conjunto de problemas que, pareciendo pertenecer a ambos mundos, sería bueno que siguiéramos manteniendo las fronteras entre la individualidad y lo colectivo. Si todo ordenamiento jurídico democrático debe mantenerse sobre una base de consensos mínimos, de mínimos morales o de una ética de mínimos, también hay un ámbito privado de la ética que debe permanecer fuera de las injerencias estatales. La razón de ser del valor “autonomía” y la elección libre de nuestro plan de vida buena así lo recomiendan. Creo que en este sentido sigue siendo muy útil la caracterización *dramática* que hacía Aranguren del modo en que vivimos esta tensión:

⁸ BUCHHEIM H., *Política y poder*, trad. de Ernesto Garzón Valdés y Ruth Zimmerling, Alfa, Barcelona, 1985, p. 40.

«La moralización social ha de efectuarse, a la vez, por modo personal y por modo institucional. Renunciar a la función ético-política en la moralidad social sería desconocer que la ética entera es primariamente personal, que los actos y las virtudes, los deberes y los sentimientos morales, la conciencia y la responsabilidad conciernen a las únicas personas realmente existentes, que son las individuales»⁹.

Pero ya he avisado que no es mi propósito intentar campar por los extensos e imprecisos designios de la relación Derecho y moral, sino centrarme en una faceta que, cayendo dentro del amplio espectro de problemas de esta dicotomía, aparece con perfiles y rasgos propios: la imposición de la moral por el Derecho. Discusiones paralelas podrían aparecer a lo largo del relato pero, en llamamiento a la prudencia, solo aquellas que resulten cruciales para una mejor comprensión de nuestro análisis deberán ser estudiadas con mayor detenimiento. Disculpándome de antemano del acierto o no en su tratamiento y aproximación, así como de aquellas omisiones que bien hubieran merecido un examen más pormenorizado. Pero que la transversalidad, su cercanía a otras materias íntimamente relacionadas y la amplitud del tema a tratar aconsejan solo detenerse en sus aspectos más fundamentales.

2. EL SER Y EL NO DEBER SER DEL TRABAJO.

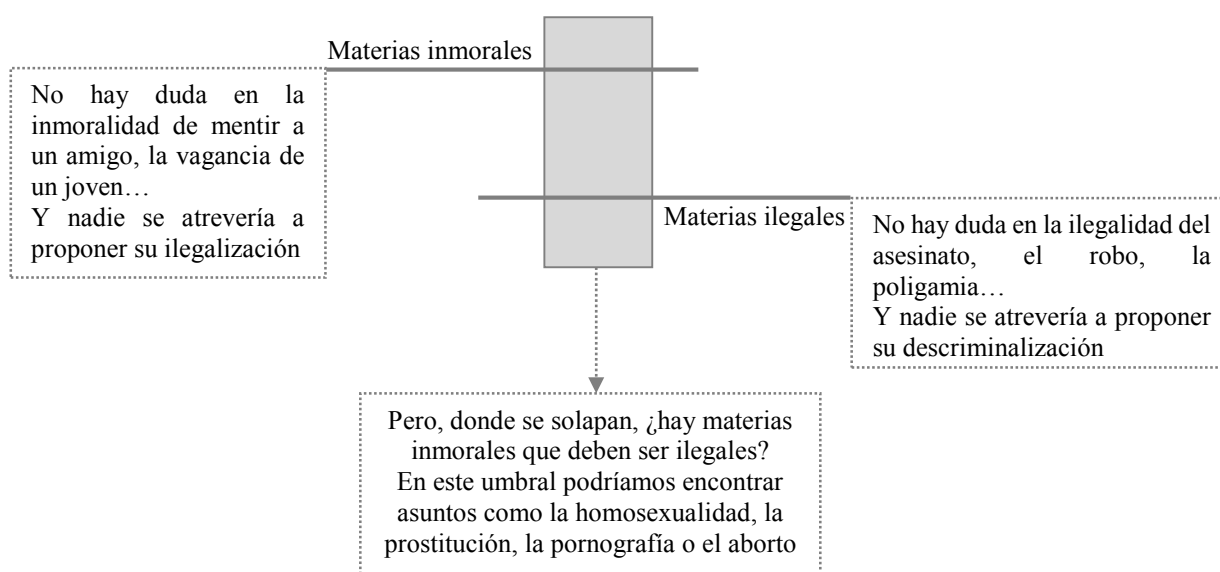
Por los motivos expuestos, es lógico acotar nuestro objeto de estudio para no pretender abarcar más allá de los puntos centrales del debate de la imposición legal de la moralidad. Estableceré los dos lados que constituyen el *ser* del debate, pero primero una delimitación negativa nos ilustrará lo que este trabajo no *debe ser* o en lo que no debería convertirse:

⁹ LÓPEZ ARANGUREN J.L., *Ética y política*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2011, p. 210. Frente a la concepción trágica que nos paraliza y nos impide solucionar la tensión, la postura dramática para Aranguren se caracteriza por la problematicidad que es constitutiva a estas relaciones: “La moralidad política -como, por lo demás, la moralidad privada, individual- es ardua, problemática, difícil, nunca lograda plenamente, siempre *in via* y, a la vez, siempre *en cuestión*. La auténtica moral es y no puede dejar de ser *lucha* por la moral. Lucha incesante, caer y volverse a levantar, búsqueda sin posesión, tensión permanente y autocrítica implacable. La relación entre la ética y la política, en cuanto constitutivamente problemática, sólo puede ser vivida, de un modo genuino, dramáticamente”. Y más adelante señala que la comprensión dramática de moralización de la política quiere decir “afirmación de una compatibilidad ardua, siempre cuestionable, siempre problemática, de lo ético y lo político, fundada sobre una tensión de carácter más general: la de la *vida moral* como *lucha moral*, como tarea inacabable y no como instalación, de una vez por todas, en un status de perfección”. LÓPEZ ARANGUREN J.L., *Ética y política*, op. cit., pp. 51 y 81.

1. La polémica no se ocupa de si existen o deben establecerse normas morales en el Derecho. Ambos ‘bandos’ confrontados en este debate asumen que es un hecho innegable que en cualquier sociedad, y en los códigos por los que éstas se rigen, hay normas jurídicas morales o de fuerte contenido moral. La cuestión no es determinar el estatuto de estas normas, si son eternas o transitorias, absolutas o relativas, reveladas o convencionales.
2. Admitiendo que en el Derecho de nuestras sociedades hay normas fuertemente moralizadas, el debate no se centra en la cuestión de si estas reglas son cognoscibles por todos los individuos que a su cumplimiento se ven compelidos. De manera que no es este un debate sobre cognitivismo y no cognitivismo.
3. El debate no cuestiona si una ley que entra en conflicto con un código moral superior es válida o no lo es. Tampoco cuestiona que el orden moral deba ser superior al jurídico o que, cuya acomodación a aquel, marque el criterio de validez de las normas positivas. El debate, por tanto, es diferente de aquel entre iusnaturalistas y positivistas. Y, por ello, en cierto modo, distinto también al denominado debate Hart-Fuller.
4. El debate no pretende esclarecer si un ciudadano tiene la obligación moral de obedecer al Derecho. La justificación de la desobediencia civil es otra cuestión.
5. El debate, ya avisábamos, tampoco se dedica a averiguar si hay conexiones entre el Derecho y la moral. Por lo general, ambas esferas han sido consideradas como sistemas normativos distintos y se ha hecho caer el acento en las relaciones *necesarias/conceptuales* o *contingentes/empíricas* entre ellos. De reconocer más o menos dependencias, se caracterizan las distintas propuestas teóricas en un sentido u otro.
6. El debate no plantea si la ley impone *realmente* la moral en aquellos casos que están fuera de toda duda y que la sociedad considera incorrectos y condena desde cualquier punto de vista, jurídico o moral. Así como la punibilidad del asesinato o el robo no se discute, por atentar tanto a valores morales como a

bienes jurídicos protegidos, la imposición de la moral ha causado más controversia en asuntos de sexualidad.

Para delimitar finalmente la franja de nuestro debate debemos anotar que, además de los asuntos que son considerados inmorales e ilegales de modo indiscutible, existen: a) materias que son consideradas inmorales pero no son ilegales; y b) otras materias que, siendo ilegales, no plantean problemas para los juicios de moralidad que sobre ellas se viertan. Hay, por tanto, dos extremos en los que nadie discute las materias que en ellos se residencian y un umbral en el que los juicios jurídicos y morales se solapan:



El debate que aquí traemos a colación no pretende analizar si los asuntos de la categoría 'ilegales' deberían dejar de serlo. Lo que se cuestiona es si, en el área de solapamiento conflictivo, hay asuntos en la categoría de 'inmorales' que deberían figurar, también, en la categoría de 'ilegales'. De su viabilidad, justificación y mecanismos para conseguirlo es de lo que versa mi investigación. Para una mejor comprensión de lo que con la elaboración de estas páginas se ha perseguido, es preciso tener en cuenta lo siguiente:

- a) La exposición de la polémica se presenta por el orden cronológico en el que ésta se ha ido desarrollando.
- b) En la medida de lo posible, se ha prescindido de valoraciones y juicios de oportunidad o pertinencia, sobre todo, en aquellos aspectos que se refieren a

la presentación de las posturas, enunciándolas del modo más aséptico posible. Lo que no ha sido óbice para, posteriormente, haberlas refutado o validado.

- c) Un claro objetivo que se ha perseguido, y que se recoge en continuas referencias a lo largo del trabajo, es la importancia y necesidad de reconocer el valor *moral* del planteamiento liberal, su argumentación con contenido axiológico sustantivo y cómo ello enraíza con el -de entrada incompatible- principio de neutralidad.
- d) El debate sobre la imposición jurídica de la moralidad abre la puerta a toda una panoplia de propuestas que tienen estrecha relación con la calificación moral de determinados comportamientos. Cabe mencionar, entre otros, la prostitución, el rechazo de tratamientos médicos por motivos religiosos, la maternidad por subrogación, la investigación con células embrionarias, la venta de órganos humanos, la eutanasia, el aborto, la sodomía, el incesto o la pornografía. De todo el elenco de temas, el que aquí centrará nuestra atención es el de la moral sexual y, en concreto, el de la homosexualidad.

3. ENTRE LIBERALES Y MORALISTAS. EL ENFOQUE DEL LIBERALISMO IGUALITARIO.

En base a estas premisas autoimpuestas, debemos trazar un marco en el que poder discutir sobre el Derecho y la moral sin riesgo de confusiones, pues dicha relación en ningún caso alberga una cuestión única, y sus posibilidades de enfoque y análisis son muchas y variadas, mereciendo cada una consideración totalmente separada. Así lo recordaba H.L.A. Hart haciéndose eco del «fragor de la disputa» ya que «cuando el Derecho y la moral se mencionan en conexión, habitualmente se pasa por alto que no existe una única pregunta sobre dicha relación», y las enumeraba del siguiente modo: «la primera es una pregunta *histórica y causal*: ¿ha estado el desarrollo del Derecho influido por la moral? La respuesta a esta pregunta claramente es sí (...). La segunda pregunta puede denominarse *analítica o definicional*: ¿deben ciertas referencias a la moralidad formar parte de una definición adecuada del Derecho o del sistema legal? ¿Es un hecho contingente que el Derecho y la moral a menudo se solapen? (...). La tercera pregunta trata de la posibilidad y las formas de la *crítica moral del Derecho*. ¿Está el Derecho

abierto a la crítica moral?». Y, por último, el profesor británico enunciaba un cuarto interrogante, que es el que nos atañe, sobre «la *imposición legal de la moralidad*: ¿el hecho de que cierta conducta sea inmoral, según los estándares comunes, es suficiente para justificar que esa conducta sea punible por el Derecho? ¿es moralmente permisible imponer la moralidad como tal? ¿Debería la inmoralidad ser un delito?»¹⁰. Es esta última cuestión, así deslindada, la que aquí ocupará nuestra atención, en aras de no fracasar en el estéril intento de estudiar la inabarcable relación Derecho y moral en todas sus manifestaciones. Pero antes de adentrarnos en polémicas y posturas al respecto, algunas consideraciones preliminares pueden arrojar algo de luz al debate y allanar el camino por el que deberemos transitar. Ya que dibujar el escenario en el que se enmarca nuestro cometido puede situarnos en un punto de inicio acertado para comprender mejor análisis posteriores.

Tomando estas distinciones del profesor Hart, rápidamente nos damos cuenta que nuestro problema aparece ya esbozado al confundir, como más tarde pondré de relieve, el tercer y cuarto interrogante. En concreto, la fuente de toda polémica podría reconducirse al hecho de haber diluido -más consciente que inconscientemente- la diferencia de planos en que opera la crítica jurídica y justificación moral del Derecho, por un lado, con la cuestión, por otro, del reforzamiento jurídico de la moralidad positiva. Los autores que contestarían afirmativamente la cuarta pregunta concluirían apresuradamente que la moralidad positiva *es* una moralidad justificada, y de ahí, darían el salto mágico (falaz) de que *debe ser* reforzada por el Derecho. La respuesta a esta forma de proceder no puede ser más que una: del hecho de que una moralidad sea positiva no se deduce (al menos por lógica, no sé si por revelación) que sea una moralidad correcta o valiosa y, por tanto, el dato empírico de su positividad no nos autoriza a utilizarla como fundamento del alcance y contenido de las leyes. Sería un espejismo querer identificar las pautas morales vigentes con los ideales morales en sí, lo que muchos no están dispuestos a aceptar ni la lógica argumentativa dispuesta a admitir. Convenciendo de este discurso, o negando su plausibilidad, se han escrito centenares de páginas en la historia del pensamiento político.

Los que han afirmado el cuarto interrogante llegan a la conclusión de que mantener lo contrario es privar al Derecho de toda moralidad, es decir, desmoralizar o amoralizar las leyes. Frente a ello, no se trata de discutir si las leyes deben ser morales,

¹⁰ HART H.L.A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, trad. de Miguel Ángel Ramiro, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 97-99.

inmorales o amorales. Lo que parece fuera de toda duda. El problema es qué tipo de moralidad, qué principios, qué pautas morales deben incorporar esas leyes. Y aquí es donde encaja la distinción que hizo Hart entre *moralidad positiva* como aquella «aceptada y compartida por un grupo social dado» y *moralidad crítica* que son «los principios morales generales usados en la crítica de las instituciones sociales, entre las que se incluía la moral positiva». Podemos afirmar, con Hart, que «nuestra pregunta es de moralidad crítica, pues versa sobre la imposición legal de la moralidad positiva»¹¹.

De acuerdo con esta distinción, el problema que se nos plantea es el de qué criterios usamos para *justificar* el contenido y alcance de una ley¹². Habrá quien piense que es suficiente con acudir a la moralidad positiva y ver cuál es la pauta establecida para quedar justificado su traslado al plano jurídico y otros alegarán, en cambio, que algunos de los mandatos de esa moralidad carecen de justificación a la luz de la moralidad crítica y, por tanto, no deben ser impuestos por la ley. Si aceptamos la premisa de que las leyes deben efectivamente incorporar y proteger la moralidad, porque solo de esa manera pueden aspirar a ser leyes justas o justificadas, de ello no se deriva (o no automáticamente) que la moralidad que tales leyes deban portar en sí tenga que ser la

¹¹ HART H.L.A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, op. cit., p. 113.

¹² El problema de la *justificación* entronca directamente con el de la *legitimidad*, cuyo más conspicuo teorizador fue quizás Max Weber. Legitimidad es un término que hace referencia a un conjunto de valores, procedimientos, exigencias y principios que tratan de operar como criterios de justificación de normas, instituciones o acciones. Un sistema jurídico-político tiene legitimidad o es legítimo cuando sus normas están dotadas de una cierta justificación ética aceptable. Tradicionalmente se han buscado esas fuentes de legitimidad en distintos principios que sean capaces de ofrecer basamento suficiente para todo el sistema, pero el problema se torna ilusorio ante la complejidad de los sistemas jurídicos contemporáneos donde concurren múltiples y complejos dinamismos que hacen inviable todo intento de apelar a una justificación unitaria. El profesor Laporta, en un esfuerzo expositivo, hace notar que tales propuestas podrían reconducirse “a tres estrategias teóricas frecuentemente utilizadas para justificar, legitimar, las normas del sistema jurídico. En primer lugar se da la apelación a la “seguridad”, la “paz”, la “certeza” en las relaciones interpersonales que una técnica sancionatoria de control como es el Derecho cumple por el mero hecho de estar vigente (...). La segunda estrategia teórica utilizada para dar cuenta de la legitimidad de los sistemas jurídicos ha sido la apelación a la democracia y, más en particular, la apelación al principio de decisión por mayorías (...) aunque podemos encontrarnos con el hecho de que un sistema jurídico “legítimo” de acuerdo a este criterio contenga, sin embargo, un contingente de normas injustas, y ello porque la justicia del procedimiento democrático no garantiza necesariamente la justicia de las normas que emanan de él (...). Ello nos conduce a la tercera estrategia teórica consistente en la apelación a ciertos derechos básicos de los individuos como derechos morales anteriores al sistema de normas jurídicas. Si el sistema jurídico reconoce, protege y realiza efectivamente esos derechos morales, entonces, según este punto de vista, sería un sistema legítimo (...). Las mayorías tienen así un límite infranqueable en la existencia de derechos morales individuales. Constituyen, pues, un núcleo de identidad personal y moral que ni el proceso político ni las normas jurídicas están éticamente autorizados para ignorar”. Se trata de esos catálogos de derechos humanos que se han extendido y popularizado con el nombre de derechos fundamentales que son “derechos universales, son derechos absolutos y son derechos inalienables”. Otra cosa será decidir la exhaustividad o limitación de los derechos que integran tal catálogo, su fundamentación y concepto, en lo que ahora no es menester detenerse. Pero es este criterio de legitimidad “el que parece estar imponiéndose en la actualidad con mayor fuerza”. LAPORTA F.J., *Entre el Derecho y la moral*, op. cit., pp. 74-84.

dominante o *mayoritariamente* aceptada. Y digo mayoritariamente porque, como luego veremos, el criterio de la decisión por mayorías, que tanto favor ha hecho al principio democrático, tampoco justifica moralmente la adopción de cualquier resultado que por ese mecanismo se obtenga. El procedimiento democrático de toma de decisiones por mayoría alberga en su seno rasgos morales que son imposibles de soslayar, pero eso sólo lo defiende como cauce más idóneo (justicia procedimental), como históricamente hemos aprendido, frente a otras experiencias y modelos, pero no asegura, en ningún caso, que el producto de ese procedimiento esté moralmente justificado de forma categórica (justicia sustantiva). Y esta problemática es especialmente sensible cuando existen minorías que se sienten permanentemente desamparadas por el gobierno mayoritario.

Cuando no existe consenso sobre cuál es la mejor forma de vida o cuando distintas formas de vida son ejercidas por minorías que saben que «en los asuntos que más les incumben jamás podrán salirse con la suya, precisamente debido al principio de mayoría, ese principio deja de ser adecuado. La existencia de minorías permanentes, cuyas aspiraciones, deseos e incluso principios son ignorados sistemáticamente o soslayados en los procesos colectivos de toma de decisiones, puede fácilmente hacer inoperable una democracia mayoritaria»¹³.

En este sentido los derechos individuales funcionarían como límites al poder político, algo así como un catálogo de materias no legíslables, de asuntos sustraídos al juego de mayorías, de materia que ni siquiera democráticamente son discutibles. Sobre determinados asuntos funcionan unas “restricciones indirectas” que impiden que los objetivos colectivos primen sobre los derechos individuales¹⁴. O si se prefiere, que los derechos individuales son vistos como “cartas de triunfo” que las personas alegan frente a los gobiernos que pretenden subordinar su bienestar al interés general o a algún tipo de utilidad pública. Este derecho se vería amenazado si el gobierno de turno apelara a una

¹³ ARBLASTER A., *Democracia*, trad. de Adriana Sandoval y rev. de Jesús Alborés, Alianza Editorial, Madrid, 1992, p. 106. Equiparar la voluntad del pueblo con la voluntad de la mayoría puede estar a menudo justificado; pero quienes forman parte de la minoría, sobre todo de las que se encuentran permanentemente en desventaja y sin posibilidad de que la mayoría atienda sus reclamos, “siempre tienen derecho a recordar al resto de la sociedad que ellos también forman parte de ‘el pueblo’”. Pues “uno de los peligros del mayoritarismo es que las mayorías tienden a olvidar que en otro contexto puede constituir una minoría”, pp. 104 y 110.

¹⁴ NOZICK R., *Anarchy, State and Utopia*, Basil Blackwell, Oxford, 1974. Cito por la traducción al castellano de Rolando Tamayo y Salmerón, *Anarquía, Estado y Utopía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1988 (reimpr. 2017), pp. 43-44.

mayoría democrática para imponer su voluntad de limitarlo. Este derecho a hacer algo, si es auténtico, es oponible aun cuando la mayoría piense que lo que hacemos está mal¹⁵.

La función de estos derechos es servir de barrera de protección frente a las injerencias indebidas en el principio de autonomía de los individuos. Estos derechos como “triumfos” impiden que puedan imponerse sobre el individuo privaciones de bienes de manera no justificada, ni que una persona pueda ser utilizada como instrumento para la satisfacción de los deseos de otra, ni quedar la autonomía individual supeditada a algún tipo de interés general de una colectividad. En este sentido, dicho principio cierra la puerta a ciertas versiones del utilitarismo que estarían dispuestas, por una mayor cantidad de felicidad para muchos, a sacrificar la felicidad de unos pocos. Cierra el paso también a cualquier expresión paternalista o perfeccionista que suplantara la autonomía del individuo por decisiones ajenas a él e impuestas para mejorar su vida sin su consentimiento. E, igualmente, reconocer este principio significa limitar la persecución de políticas públicas u objetivos sociales -aunque se adoptaran por mayoría- que antepongan algún tipo de interés colectivo, utilidad pública, bienestar general, bien común o interés nacional a los intereses de las únicas personas realmente existentes, que son las individuales.

Estas propuestas van en la dirección de demostrar la incompatibilidad del liberalismo con la democracia ilimitada en la que la mayoría social parece arrogarse el presunto derecho de poder decidir cómo debería vivir todo el mundo. En un texto titulado *Opinión mayoritaria y democracia contemporánea*, Hayek alertó de los riesgos de la democracia ilimitada, de la necesidad de los límites al gobierno, de las restricciones al poder de las mayorías y de la existencia de cuestiones que nadie más que el individuo puede decidir:

«El hecho de que cuando resulta necesaria una acción común, ésta tenga que ser dirigida por la opinión de la mayoría, y que todo poder coactivo, para ser legítimo, precise de tal aprobación, no significa que el poder de la mayoría tenga que ser ilimitado, y tampoco que para cualquier cuestión tenga que recurrirse a comprobar cuál es la voluntad de la mayoría. (...).

Puede parecer pequeña la diferencia entre creer que sólo lo que es aprobado por la mayoría debe ser vinculante para todos, y creer que todo lo que es aprobado por la mayoría tiene tal fuerza

¹⁵ DWORKIN R., *Taking Rights Seriously*, Gerald Duckworth, Reino Unido, 1977. Cito por la traducción al castellano de Marta Guastavino, con prólogo de Albert Calsamiglia, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2012, p. 37 y 289.

vinculante. Pero en realidad se trata del paso de una concepción del gobierno a otra totalmente diferente: de una concepción según la cual el gobierno tiene las funciones limitadas y definidas que se precisan para la formación de un orden espontáneo, a la concepción según la cual sus poderes son ilimitados. Se trata de la transición de un sistema en el que, mediante procedimientos reconocidos, se decide cómo deben llevarse ciertos asuntos comunes, a un sistema en el que un grupo de personas puede declarar a discreción cualquier cosa como cuestión de interés común y, por ello mismo, sujeta a tales procedimientos. Mientras que la primera concepción se refiere a decisiones comunes necesarias para el mantenimiento de la paz y del orden, la segunda permite a algunos grupos organizados a controlar cualquier cosa, y se convierte fácilmente en pretexto de opresión»¹⁶.

Si el liberalismo sitúa al individuo en el centro de su programa, el ordenamiento jurídico y las instituciones político-sociales quedan diseñadas a partir del reconocimiento de dicha centralidad. Son los derechos del individuo, sus deberes, sus necesidades, sus planes de vida, su autonomía en definitiva, entendida como libertad moral, lo que justifica la existencia del sistema social. O por decirlo en términos kantianos, sólo el individuo es fin y las organizaciones jurídico-políticas, que no son agentes morales, son medios al servicio de lo único que es fin en sí mismo: el hombre y la mujer.

Obviamente, el concepto de libertad es lo definitorio de la ideología liberal. La libertad es un bien muy apreciado por todos los liberales y es un valor que recorre toda la historia del liberalismo. Es su núcleo y esencia, el punto común de los diversos liberalismos. E igualmente, si eliminásemos el valor de la libertad de cualquiera de las versiones integradas en la familia liberal, fulminaríamos el elemento distintivo que permite identificarla dentro de dicha corriente. Pero afirmar que el valor de la libertad es indispensable para el liberalismo no nos aporta mucha luz y es tan solo el inicio de un largo recorrido entre los que dicen ser los más liberales y los que lo serían con matices.

Si, como nos recordaba Gregorio Peces-Barba, todos los derechos fundamentales son derechos de libertad ya que «pretenden facilitar la autonomía de las personas y su desarrollo integral creando esas condiciones de libertad»¹⁷, entonces resulta lógico que sea la filosofía liberal la más apropiada para fundamentarlos. La filosofía liberal que anima estas páginas es la que apuesta por un enfoque igualitario. Intentaré revisar algunas

¹⁶ HAYEK F.A., *Law, Legislation and Liberty*, 3 vols., Routledge & Kegan Paul, London, 1973-1979. Cito por la traducción de Luis Reig Albiol, *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, Unión Editorial, Madrid, 2ª ed. 2014, pp. 371 y 372.

¹⁷ PECES-BARBA G., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988, p. 202.

formulaciones liberales para aceptar o refutar -según sea el caso- las explicaciones que ofrecen acerca de la autonomía individual. Las igualitarias nos llevarán a lo primero y las neoliberales a lo segundo. Con ese aparato conceptual asumiremos los fundamentos éticos de una de una concepción igualitaria de la autonomía que entronca con determinados valores (dignidad, igualdad, pluralismo, neutralidad/imparcialidad...) y que marca salvedades con otros (los del llamado moralismo legal). La concepción liberal de la libertad que aquí se mantiene queda marcada indeleblemente tanto por la defensa de los derechos humanos fundamentales como por la existencia del Estado de derecho. Este Estado de derecho, que es liberal en su originario nacimiento, es garantía para la libertad, autonomía y seguridad de los individuos. El imperio de la ley, la división de poderes y la legalidad de la administración se dirigen al establecimiento jurídico-constitucional de los derechos fundamentales de la persona. La protección de las libertades y los derechos fundamentales constituye, como diría tempranamente Elías Díaz, el objetivo de todo Estado de derecho¹⁸.

Sin reparar en la doctrina liberal sería inconcebible e irreconocible el Estado moderno. Su aparición y construcción histórica debe mucho en este sentido a la historia del liberalismo. El Estado de derecho fue, antes de todo, Estado liberal. El Estado que los liberales tuvieron en mente es uno que sitúa los intereses del individuo por encima de los del gobernante; que reconoce la necesidad del gobierno pero también le impone restricciones y límites; que posibilita los intercambios comerciales para lograr un nivel de vida digno; que justifica la propiedad privada como manifestación de la libertad; que se subordina a la ley y a la constitución. En su historia más reciente -veremos- el liberalismo también ha sabido ver las deficiencias de este Estado liberal clásico y ha mostrado preocupación por los más desfavorecidos, por las dificultades y el bienestar de los demás.

Sin la concepción liberal de la dignidad humana, sería difícil articular mínimamente cualquier propuesta que reconociera la centralidad del ser humano en el Estado liberal. El Estado liberal está al servicio de aquella dignidad. Creo que la concepción liberal de esta dignidad, de indudables ecos kantiano, es la mejor forma de argumentar a favor de los derechos individuales básicos (al menos sobre los derechos que aquí estarán en juego; veremos si puede utilizarse ese discurso para las mal llamadas

¹⁸ DÍAZ E., *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1ª ed. 1966, p. 25.

generaciones sucesivas de derechos). Esta concepción kantiana-liberal de los derechos estaría bien representada -y así irán desfilando por estas páginas- por la tradición inaugurada por I. Kant y la herencia que de él se recoge en las obras de J. Rawls, R. Dworkin, R. Nozick, M. Nussbaum o, entre nosotros, de E. Garzón Valdés, Rodolfo Vázquez o Francisco Laporta. A pesar de las evidentes diferencias entre ellos, en el fondo compartirían una concepción de los derechos individuales que funcionan como límite -llámese bienes primarios, cartas de triunfo, restricción, capacidades básicas, coto vedado- al poder político.

Esta concepción liberal de los derechos será el anclaje clave de los derechos individuales básicos que quedan comprometidos en los temas objeto de este trabajo. Son estos derechos los que quedan implicados cuando se intenta imponer la moral coactivamente. Ello no quiere decir que eventualmente los derechos económicos, sociales y culturales se pudieran ver seriamente menoscabados en determinadas circunstancias. Pero son los derechos de libertad, de autonomía y seguridad del individuo los que se verán principalmente en peligro cuando hace aparición el moralismo legal. Reconozco las insuficiencias que ya ha demostrado la clásica concepción liberal de los derechos cuando la igualdad genera tensiones insalvables con la libertad y reclama un estatuto para sí a la misma altura que los postulados de la libertad. Lógicamente Kant no se ocupó de los derechos económicos, sociales y culturales. Tampoco lo hizo Robert Nozick. Y en las demás obras del liberalismo contemporáneo rara vez encontramos fundamentación suficiente para ellos.

Quizás la fundamentación liberal de los derechos sólo nos sirva para fundamentar un tipo de derechos, los básicos individuales, pero que son los que aquí estarán en disputa. Por eso los autores que se manejarán serán los de la tradición liberal clásica, encabezada por Stuart Mill. Pero también sabemos que sólo superando las insuficiencias de la concepción clásica y también de la neoliberal podría lograrse alguna compatibilidad entre libertad e igualdad que pudiera dar contenido tanto a los derechos individuales básicos como a los económicos, sociales y culturales. La idea de un liberalismo igualitario va en esa dirección.

Por mucho que los liberales prediquen la centralidad del concepto de libertad, si esta no va acompañada de la igualdad se vuelve inservible. Es aquí donde el liberalismo clásico, pero también el neoliberalismo y el neoconservadurismo, por más *neos* que sean,

flaquean. Sus propuestas se muestran insuficientes para gestionar y compaginar las perennes tensiones entre libertad e igualdad. La versión igualitarista haría más amable el frío liberalismo clásico en el que prima la libertad, lo corregiría y lo volvería más humano. No existe una desconexión o incompatibilidad absoluta entre los valores de libertad e igualdad, pero su reconciliación pasa por entender que viven en una permanente tensión por responder ambos -como argumenta Rodolfo Vázquez- a estructuras diferentes pero complementarias: «La libertad es un valor sustantivo, cuya extensión no depende de cómo esté distribuido entre diversos individuos, ni incluye a priori un criterio de distribución. En cambio, la igualdad es en sí misma un valor adjetivo que se refiere a la distribución de algún otro valor. La igualdad no es valiosa si no se predica de alguna situación o propiedad que sea en sí misma valiosa. Esto sugiere la posibilidad de combinación de ambos valores: la justicia consiste en una distribución igualitaria de la libertad»¹⁹.

El liberalismo contemporáneo no puede hacer oídos sordos a las reivindicaciones por una sociedad más igualitaria, ni tampoco puede imponer una uniformidad moral a sociedades que son, de por sí, plurales y heterogéneas. La libertad reclama que cada individuo elija su plan de vida. La igualdad apela a extender dicha libertad a todos sin distinción. No es deseable que seamos iguales en los modos de vida, sino iguales en la libertad de poder elegir cada uno el nuestro.

Por tanto, para este trabajo siguen teniendo validez las etiquetas y distinciones entre un liberalismo clásico (referido a Tocqueville, Stuart Mill o Constant), un liberalismo conservador (que encontraría en Burke a su mejor exponente político y en el juez Stephen a un liberal conservador dogmático), un neoliberalismo más economicistas (de la escuela de Chicago con padres como Hayek y Friedman y filósofos como Nozick), un neoconservadurismo tradicionalista (como Irving Kristol o Russell Kirk en Norteamérica o Roger Scruton en Inglaterra), un conservadurismo iusfilosófico (como John Finnis o Robert P. George) y un conservadurismo -por llamarlo de algún modo- jurisprudencial (como fuera el del juez Scalia). Todos ellos se distinguirían netamente de un liberalismo igualitarista (más emparentado con Ronald Dworkin y sobre todo con John Rawls²⁰) que asume el déficit de Estado social que tiene el Estado liberal. Esta es la tradición de Filosofía del Derecho que jalona estas páginas.

¹⁹ VÁZQUEZ R., *Liberalismo, Estado de derecho y minorías*, Paidós, México, 2001, pp. 31-32.

²⁰ De los cinco regímenes que Rawls somete a examen en la *Justicia como equidad* (capitalismo de *laissez-faire*; capitalismo del Estado de bienestar; socialismo de Estado con Economía planificada; democracia de

Desde la Filosofía Política, por concretar un poco el alcance de este liberalismo igualitario, sólo señalaré que estaría muy próximo al del político e historiador asesinado por orden de Mussolini, Carlo Rosselli. En su obra de 1930, escrita durante su exilio en prisión en Lipari, titulada precisamente *Socialismo liberal*, en lugar de colocarse del lado marxista, Rosselli apuesta por la tradición de Giuseppe Mazzini, Croce y el liberalismo social inglés²¹. Veía que era en el socialismo dónde se encontraba el atractivo moral de la libertad y, como Croce, rechaza cualquier tipo de economía planificada. El socialismo, para Rosselli, «no es más que el desarrollo lógico, llevado a sus consecuencias extremas, del principio de libertad»²². El socialismo debería acercarse al liberalismo, ‘liberalizarse’ juzga Rosselli, al igual que el liberalismo debe aprovecharse de la lucha proletaria²³. De la misma manera que otros socialdemócratas, como Eduard Bernstein en Alemania, Rosselli confiaba en las aptitudes de un socialismo moderado para custodiar los valores liberales mejor que desde las propias filas del liberalismo clásico. Creía en un liberalismo en el que el credo socialista se encargaría de corregir la fe dogmática en el libre mercado, pero manteniendo siempre la creencia en el progreso y en la individualidad por encima de todas las cosas:

«El socialismo, tomado en su aspecto esencial, representa la realización progresiva de las ideas de libertad y de justicia entre los hombres (...). Para los socialistas también el fin último y único parece ser el hombre, el individuo concreto, la célula primera; o también la sociedad, pero solamente en la medida en que ese nombre designa un agregado de individualidades y manifiesta miramientos por el mayor número. En efecto, en tanto que organización, la sociedad es un medio para un fin, es un instrumento al servicio de los hombres (...). Es posible definir el liberalismo así: una teoría política que parte del postulado de libertad en el espíritu humano y que declara la libertad su fin supremo, la regla suprema de la convivencia humana. Es un fin en tanto que el liberalismo se propone realizar un régimen social que asegure a todos los hombres la posibilidad de un desarrollo pleno y entero de su personalidad (...). El liberalismo no concibe la libertad como una condición natural, sino como un desarrollo. Los hombres no nacen libres, sino que se vuelven

propietarios; y socialismo liberal), sólo la democracia de propietarios y el socialismo liberal “incluyen disposiciones institucionales diseñadas para satisfacer los dos principios de justicia”. En las siguientes páginas de su obra Rawls parece centrarse primordialmente en el estudio de la democracia de propietarios y descuida las tesis del socialismo liberal. RAWLS J., *La justicia como equidad. Una reformulación*, trad. de Andrés de Francisco, Erin Kelly (ed.), Paidós, Barcelona, 2002, p. 188.

²¹ Destaca la figura de HOBHOUSE L.T., *Liberalismo*, trad. de Julio Calvo Alfaro y estud. preliminar de José Luis Monereo Pérez, Comares, Granada, 2007.

²² ROSSELLI C., *Socialismo liberal*, trad. de Diego Abad de Santillán e introd. de Norberto Bobbio, Ed. Pablo Iglesias, Madrid, 1991, p. 80.

²³ ROSSELLI C., *Socialismo liberal*, op. cit., p. 78.

libres. Y se conservan libres en tanto que mantienen activa y vigilante la conciencia de su autonomía, ejerciendo constantemente esas libertades»²⁴.

Resulta llamativa la cercanía de Rosselli con las ideas de los liberales británicos, en especial con Stuart Mill, acerca del desarrollo individual, la manifestación de nuestra libertad a través de la reiteración de elecciones personales, la influencia de la sociedad en la personalidad, la búsqueda del bien común y la afirmación de que la comunidad está a disposición del individuo, y no éste de aquella²⁵.

Este liberalismo igualitario intenta acomodar el ejercicio de la libertad con las condiciones sociales de los individuos. El liberalismo clásico habría permitido que la libertad en su más inmediato sentido conviviera con desigualdades palpables en el ámbito económico y social. Si la libertad de elegir nuestras opciones vitales depende, en gran parte, no sólo de nuestra autonomía, sino de las condiciones sociales que nos rodean, es lógica la preocupación por ampliar del mejor modo posible el contexto en el que dichas opciones se escogen, a fin de aumentar y cualificar las opciones a nuestro alcance. De nada valdrá la capacidad de elegir nuestras oportunidades vitales si los actos derivados de nuestra dignidad y autonomía se ven seriamente limitados por un entorno económico y social adverso. La capacidad de elegir será ilusoria si no va acompañada de las condiciones externas que la posibiliten. Ni nuestra autonomía se puede desarrollar ni nuestra libertad se puede ejercer si no existe una suficiente igualdad de oportunidades y un marco social y económico suficientemente igualitario. No hace falta la economía planificada de raíz marxista, pero sí algo más que el liberalismo conservador paralizante de cualquier medida asistencial. En ese ínterin podría tener cabida la función de remoción de obstáculos de los poderes públicos, por la que aboga nuestro artículo 9.2 del texto constitucional, cuando les encomienda la tarea de promover las condiciones para que la

²⁴ ROSSELLI C., *Socialismo liberal*, op. cit., pp. 72, 73 y 79.

²⁵ En España, este liberalismo igualitario sería cercano al liberalismo democrático defendido por DÍAZ E., *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, Cívitas, Madrid, 1977; y por PECES-BARBA G., *Libertad, poder, socialismo*, Cívitas, Madrid, 1978. La obra quizás más representativa en España de este socialismo liberal sea la de Fernando de los Ríos en 1926 *El sentido humanista del socialismo* (hay ed. de Elías Díaz, Catalia, Madrid, 1976; y más reciente con introd. de Jacobo Muñoz, Biblioteca Nueva, Madrid, 2006). En Italia tampoco resultaría difícil encuadrar a Norberto Bobbio dentro de este socialismo liberal. En la obra que mejor se deja ver este planteamiento del profesor turinés es en BOBBIO N., *Derecha e izquierda. Razones y significados de una distinción política*, trad. de Alessandra Picone, Taurus, Madrid, 1995. Con todos los matices que habría que añadir, K. Popper, I. Berlin o R. Dahrendorf se encontrarían en una posición intermedia entre los liberales más igualitaristas (Rawls en Filosofía del Derecho, Rosselli o Bobbio en Filosofía Política) y los típicamente neoliberales (como Hayek y Friedman).

libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas.

Aquí sería muy pertinente recordar también aquella función promocional del Derecho de la que nos hablaba Norberto Bobbio. Según el profesor turinés, el “Welfare State” había transformado las técnicas de control social y había promovido nuevos fines en la acción del Estado. Por ello, y sin abandonar el análisis estructural que desde la tradición positivista identificaba al ordenamiento jurídico con el Estado, Bobbio observó que el Derecho estaba siendo utilizado para fines y funciones diferentes a las que había cumplido en el Estado liberal. Había aparecido una “función promocional” que se distinguía de las funciones clásicas de protección y represión que la Teoría del Derecho había asignado a las normas y al ordenamiento jurídico en el contexto del Estado liberal. La función promocional implica una posición activa del Derecho y del Estado con la intención de fomentar situaciones más igualitarias, a través de alentar o incentivar comportamientos que promovieran contextos más justos:

«La función promocional parte del supuesto de aquellas situaciones en que se encuentra la persona, que impiden o dificultan el desarrollo de su moralidad privada, y que ésta es incapaz de resolver por sí misma. Si la finalidad central de los derechos en esta función subjetiva, es hacer posible el ejercicio de la moralidad privada, esta incapacidad para resolver por sí mismos la satisfacción de necesidades básicas, imprescindibles para afrontar el esfuerzo de crear libremente planes de vida, exige esta dimensión última que llamamos función promocional, que supone el apoyo de los poderes públicos y de grupos o poderes privados y de particulares para suplir y promover condiciones y en su caso remover obstáculos. Los valores de igualdad y de solidaridad están detrás, para expresar que no sólo las condiciones de abstención, de participación, sino también las de promoción, forman parte del bien común de la sociedad política; que no son problemas a resolver por cada uno, y que está entre las funciones de los derechos, crear pretensiones jurídicas, con correlativos generales, en el ámbito de la escasez y de los medios realmente disponibles»²⁶.

Esta función promocional del Derecho puede bien servir para corregir las insuficiencias del liberalismo que hemos visto. Su incorporación en textos constitucionales posibilitó en el siglo pasado el paso del Estado liberal al Estado social de derecho, al incluir en los ordenamientos normas que alientan conductas que remueven los obstáculos para conseguir una sociedad más igualitaria. El liberalismo clásico fue incapaz de canalizar las reivindicaciones sociales, económicas y culturales. Las técnicas

²⁶ BOBBIO N., “La Función Promocional del Derecho”, en *Contribuciones a la Teoría del Derecho*, Alfonso Ruiz Miguel (ed.), Debate, Madrid, 1990, pp. 371-385.

y métodos del Estado liberal se mostraron insuficientes para dar cobertura y garantía a derechos que, siendo asimismo *de libertad*, tenían un marcado carácter igualitario²⁷. El Estado social de derecho fue la respuesta para incluir -sin excluir a los de la tradición liberal- a los nuevos derechos de carácter económico, social y cultural, y el liberalismo progresista, socialdemócrata o igualitario fue la ideología que estuvo detrás de este programa. Desgraciadamente, otros (neo)liberalismos seguirán terca y torticeramente por otros derroteros.

El individualismo liberal a veces frío y descarnado de Kant sería incorporado a las tesis igualitaristas (Dworkin, Rawls, Nussbaum...) que, sin desprenderse de la matriz kantiana, evoluciona hacia un individualismo ético que recoge tanto los elementos emancipadores de la tradición liberal como las necesidades de sociabilidad del individuo -sin caer en comunitarismos- para la profundización de la democracia²⁸. La fundamentación de los derechos que asume estas páginas parte de la concepción liberal, sin desconocer los compromisos con la mejora de oportunidades económicas y sociales que debe contraer un liberal igualitarista que esté verdaderamente concienciado con el logro de una sociedad más libre y más justa.

3.1. Lo que el liberalismo impone, propone y (veladamente) presupone.

Es ineludible en esta tarea intentar esbozar, al menos, el marco iusfilosófico en el que se sitúa la génesis de la polémica del moralismo legal, pues seguramente ésta sería ininteligible si prescindieramos de los argumentos que se han aducido a su favor o en su

²⁷ Nos recordaba al respecto Gregorio Peces-Barba que “no hay derechos de libertad y derechos de igualdad. Todos los derechos son derechos de libertad, incluidos los derechos que aportan un componente igualitario, como los económicos, sociales y culturales porque ese componente potencia y refuerza la libertad de todos”. PECES-BARBA G., *Escritos sobre derechos fundamentales*, op. cit., p. 213.

²⁸ Estas tesis del *individualismo ético* y la *profundización de la democracia* fueron expuestas magistralmente por LÓPEZ ARANGUREN J.L., *La democracia establecida: una crítica intelectual*, Taurus, Madrid, 1979; y retomadas por MUGUERZA J., *Desde la perplejidad. Ensayos sobre la Ética, la razón y el diálogo*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1ª ed. 1990, en especial el capítulo 5 titulado “Entre el liberalismo y el libertarismo”. El *individualismo ético* no es una tesis comunitarista, pero sí parte del reconocimiento de que el individuo es siempre un individuo *en relación*. Para Muguerza, el *individualismo ontológico* propio de la teoría liberal clásica es un imposible y “encierra el más robusto grano de verdad en las críticas dirigidas al individualismo desde una posición comunitarista”. Ver sobre esta forma de entender el *individualismo ético*, MUGUERZA J., *Ética, disenso y derechos humanos (en conversación con Ernesto Garzón Valdés)*, Argés, Madrid, 1998, pp. 77 y 145 y ss. La defensa de este *individualismo ético* -que también aparecerá en este trabajo- no es incompatible con la fundamentación de los derechos económicos y sociales. Al contrario, ayuda a explicar mejor por qué el Estado social de derecho debe diseñar políticas públicas de índole social y económica.

contra. El contexto teórico completo en el que se libra el debate entre liberales y moralistas²⁹ no puede ser aquí objeto de nuestra atención, pero sí debemos detenernos en perfilar las posiciones morales y políticas que unos y otros han mantenido.

Recontar la historia del liberalismo es un objetivo que supera nuestro ámbito de estudio, debido tanto a la amplitud como a la complejidad de un proceso histórico lento y no lineal, con avances y retrocesos, que se remonta a la Edad Moderna en algunos de sus rasgos originarios -a pesar de los antecedentes premodernos que intentan hallarse en Grecia y Roma-, con renovaciones y aditamentos en los siglos XVII y XVIII y que recibe una importante impronta cuando se alía con la democracia a finales del siglo XIX³⁰. Michael Freeden se ha referido recientemente a la historia del liberalismo como un cúmulo de capas o estratos que, de forma irregular, han ido añadiéndose y moldeando la ideología liberal. Para Freeden, la llamada tradición liberal sería una mezcla de al menos cinco capas históricas distintas, cuyo vínculo consiste, en el mejor de los casos, en un continuo con desajustes y parches. Estas cinco capas temporales del liberalismo serían las siguientes:

- «1. Una teoría de la restricción del poder, destinada a proteger los derechos individuales y asegurar un espacio en el que las personas puedan vivir al margen de la presión gubernamental.
2. Una teoría de las interacciones económicas y los mercados libres, que permite a los individuos beneficiarse del intercambio de bienes.
3. Una teoría del progreso humano a lo largo del tiempo, destinada a permitir que las personas desarrollen su potencial y sus capacidades siempre y cuando no dañen a otros.
4. Una teoría de la dependencia mutua y del bienestar regulado por el Estado, necesaria para que los individuos logren tanto la libertad como el desarrollo.

²⁹ En la doctrina se han manejado también otras categorías, como progresistas-conservadores y neutralistas-perfeccionistas. Adopto la de liberales-moralistas por ser, en mi opinión, la más ilustrativa para el caso que nos ocupa.

³⁰ Creo que algunos textos ya clásicos sobre el liberalismo, pero aun hoy muy válidos, siguen siendo el de RUGGIERO G., *Historia del liberalismo europeo*, trad. de Carlos G. Posada y ed. al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Comares, Granada, 2005; y también el de VACHET A., *La ideología liberal*, dos tomos, trad. de Pablo Fernández Albaladejo, Valentina Fernández Vargas y Manuel Pérez Ledesma y pról. de Henri Lefebvre, Fundamentos, Madrid, 1972. Son más sintéticas las historias del liberalismo de LASKI H., *El liberalismo europeo*, trad. de Victoriano Miguélez, Fondo de Cultura Económica, México, 1939; y GRAY J., *Liberalismo*, trad. de María Teresa de Mucha, Alianza Editorial, Madrid, 1994.

5. Una teoría que reconoce la diversidad de estilos de vida y creencias grupales, y que apunta a una sociedad plural y tolerante»³¹.

Estos estratos fluctúan y se combinan continuamente. En algún momento de la historia una capa puede oscurecerse o quedar eclipsada por otra, para luego volver a emerger. Una capa puede hallarse en ascenso y otra en declive. Incluso unas van en contra de otras. Es imposible que todos los argumentos liberales remen en la misma dirección. Y de esa incompatibilidad de poder aunar todas las capas, expandiéndose unas a costa de aminorar el peso de otras, surgen los distintos tipos de liberalismos.

De esta larga y heterogénea historia nos interesa retener dos datos que tienen interés para nuestro tema, uno referido a la concepción del hombre y otro al papel del Estado. Ambos datos serían comunes a todas las versiones del liberalismo y deben ser asumidos en el credo de cualquier ideología que se presente como liberal. Los voy a glosar según John Gray.

El primero es la idea de una concepción que «es *individualista* en cuanto que afirma la primacía moral de la persona frente a exigencias de cualquier colectividad social; es *igualitaria* porque confiere a todos los hombres el mismo estatus moral y niega la aplicabilidad, dentro de un orden político o legal, de diferencias en el valor moral entre los seres humanos; es *universalista*, ya que afirma la unidad moral de la especie humana y concede una importancia secundaria a las asociaciones históricas específicas y a las formas culturales». El segundo rasgo, referido al Estado liberal, es que «los principios liberales requieren la limitación del gobierno por medio de normas estrictas. Un gobierno liberal no puede ser otro que un gobierno limitado, ya que todas las corrientes de la tradición liberal confieren a las personas derechos o demandas de justicia, que el gobierno debe reconocer y aceptar y que, de hecho, pueden invocarse contra el propio gobierno»³². Ningún sistema de gobierno en el que las libertades individuales básicas estén abiertas a revisión y retrocesos por parte de mayorías políticas transitorias, podrá ser considerado un régimen que satisfaga mínimamente los requisitos liberales. El orden político liberal debe contener necesariamente restricciones constitucionales al ejercicio arbitrario del poder político. Es condición necesaria de todo Estado que se tercie liberal que los

³¹ FREEDEN M., *Liberalismo. Una introducción*, trad. de Roberto Ramos Fontecoba, Página Indómita, Barcelona, 2019, p. 36. La explicación de cada una de estas cinco capas o estratos del liberalismo y sus interacciones se explican en el cap. 3, pp. 79-110.

³² GRAY J., *Liberalismo*, op. cit., pp. 10-11 y 113.

gobiernos y las mayorías se encuentran sujetos por un sistema de reglas que respeten las libertades individuales y la igualdad de las personas bajo el imperio de la ley.

De estos dos rasgos surge una concepción del hombre y la sociedad que da al liberalismo una identidad definida que trasciende a la vasta y compleja diversidad de los distintos tipos de liberalismos. A partir de la relación entre esta concepción del hombre y del Estado, según se haga más o menos hincapié en uno u otro elemento de esta relación, aparecen, al menos, tres versiones del asunto que son las hoy vigentes:

«El *liberalismo clásico* giraba en torno a la libertad individual (con la que el liberalismo mantiene su más estrecho vínculo etimológico), así como en torno a la independencia humana y el gobierno de la ley o Estado de derecho, y restringía de manera importante lo que los Estados y los gobiernos tenían derecho a hacer a los individuos. El *liberalismo social* -y el nuevo liberalismo que surgió en Gran Bretaña hace poco más de un siglo, en tándem con algunos de sus equivalentes socialdemócratas escandinavos- exploró las condiciones para un desarrollo y un crecimiento individual sostenidos por redes de asistencia mutua e interdependencia. De esa rama del liberalismo surgió el moderno Estado de bienestar. Sin embargo, de forma particularmente confusa, ‘neo’ y ‘nuevo’ reman en direcciones muy distintas. El *neoliberalismo*, un producto sobre todo de la segunda mitad del siglo XX, enfatiza las consecuencias beneficiosas de los mercados competitivos y del progreso personal mucho más que el fomento general del bienestar humano»³³.

Las credenciales liberales de este neoliberalismo parecen estar una y otra vez en la picota. La crítica liberal que hacen desde sus filas al Estado de bienestar podría resumirse en una preferencia por el mercado frente a la intervención estatal para regular los intercambios de bienes entre los individuos y corporaciones. Las interferencias del Estado se miran con recelo y se estiman como una injerencia indebida en los derechos de propiedad de los individuos. Los neoliberales subordinan los ámbitos sociales, políticos y económicos a un mercado que se autorregula. El papel del Estado, que debe ser *mínimo*, debe ser únicamente el de moderador y vigía de las transacciones para que se produzcan con seguridad y sin sobresaltos. En esta órbita se halla el neoliberalismo de Hayek, von Mises, Friedman y las tesis de Robert Nozick sobre el Estado mínimo en *Anarquía, Estado y Utopía*.

Pero es importante remarcar que de la tesis que aquí se mantendrá de un gobierno limitado, como el típicamente liberal, no se sigue que el Estado liberal sea un Estado mínimo. Sostener como hacen los neoliberales que las funciones del Estado deben

³³ FREEDEN M., *Liberalismo. Una introducción*, op. cit., pp. 16-17.

restringirse a la protección de derechos y al mantenimiento de la justicia es una posición que no tiene una justificación clara y que constituye, en el mejor de los casos, una tendencia minoritaria dentro de la tradición liberal:

«La idea de un Estado mínimo, cuya única función sea la de proteger derechos, resulta en todo caso una idea indeterminada, en tanto no se especifiquen en forma adecuada los derechos que debieran protegerse (...). Por otra parte, la idea de un Estado mínimo que sólo protege los derechos negativos (contra la fuerza y el fraude) contiene una incoherencia radical, en cuanto no incluye ninguna propuesta plausible para el financiamiento de estas funciones mínimas. Por esta y otras razones, existe una dificultad fundamental en la explicación que ofrecen los defensores de derechos negativos para justificar la autoridad del Estado. En todo caso, la defensa del Estado mínimo se encuentra ausente en la mayoría de los autores liberales. La mayor parte de los liberales, y los grandes liberales clásicos en su totalidad, reconocen que el Estado liberal puede tener varias funciones de servicio -que rebasan la protección de los derechos y el sostenimiento de la justicia- y es por esta razón que no son partidarios del Estado mínimo, sino más bien de un gobierno limitado»³⁴.

No es necesario que un liberal abrace todos los postulados liberales ni muestre una adhesión intensa por igual a cada uno de ellos. De ahí, del valor o énfasis con que se defiende cada proclama liberal, surgen los distintos tipos de liberalismo señalados (clásico, social o neo; existen otras clasificaciones pero que en esencia se reconducen a poner de manifiesto el lugar en el que se pone el acento en la relación individuo-Estado). Pero, en cualquier caso, hasta los neoliberales más alejados del núcleo liberal, deben profesar una fidelidad al valor de la libertad que les hace mantenerse al amparo de una misma familia liberal³⁵. A pesar de los diferentes tipos de liberalismo, sería un error

³⁴ GRAY J., *Liberalismo*, op. cit., p. 114.

³⁵ En la familia liberal encontraremos un grupo de conceptos que aparecen en todas las versiones del liberalismo, y si los cuales este sería irreconocible. El liberalismo es una ideología en cuyo núcleo interactúan siete conceptos políticos: “libertad, racionalidad, individualidad, progreso, sociabilidad, interés general y, por último, poder limitado sujeto a la rendición de cuentas. Esos siete elementos centrales constituyen el núcleo alrededor del cual giran todos los liberalismos. Sin embargo, a partir de aquí comienzan a sentirse las diferencias entre dichos liberalismos. En primer lugar, el peso proporcional otorgado a cada uno de estos conceptos puede diferir dentro de la familia liberal (...). En segundo lugar, cada uno de esos conceptos porta más de un significado. Por poner un ejemplo, la libertad puede hacer referencia a esa ausencia de coacciones externas gracias a la cual es posible la autodeterminación. Pero también puede estar relacionada con la posibilidad de cultivar el potencial individual, con el objetivo de facilitar el desarrollo personal. Es más, también puede significar la emancipación de un grupo o nación gracias a los esfuerzos combinados de sus miembros para librarse del control externo; más aún, puede hacer referencia a una casa de los desmadres o a una batalla campal entre individuos descontrolados que dé como resultado la anarquía o el caos social. Dado que todos los conceptos políticos tienen muchas acepciones, existe una interminable disputa sobre cuál de dichas acepciones es la más apropiada para determinado conjunto de circunstancias. Así, una de las funciones clave de las ideologías es decidir qué acepción respaldar de cada uno de los conceptos que ellas contiene”. FREEDEN M., *Liberalismo. Una introducción*, op. cit., p. 40. Cada uno de los siete conceptos políticos que constituyen la morfología conceptual del liberalismo son explicados por Freedén en el cap. 4, pp. 111-140.

suponer que dichas versiones no constituyen sino distintas variantes de un mismo conjunto de temas. El liberalismo representa una tradición única, no dos o más tradiciones, justamente por tener presente en su credo todas ellas los dos rasgos sobre la concepción del individuo y el Estado antes señalados. Esos dos rasgos seguramente habrán sufrido avatares a lo largo de la historia de la tradición liberal, se perfeccionan y se redefinen, se reordena su importancia y se van enriqueciendo a través de las distintas etapas o capas históricas por las que ha ido atravesando el liberalismo. Pero pese a esa variabilidad, esta ideología sigue manteniendo una perspectiva integral, cuyos componentes esenciales, ni difusos ni oscuros, siguen siendo fáciles de especificar: una concepción del hombre fundamentada en el individualismo moral, en la que el ser humano es el único agente moral y es preferente a cualquier consideración metafísica o social; y un Estado que, por ser por definición liberal, es limitado en el uso de un poder al servicio del hombre para su realización personal, la satisfacción, protección y garantía de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes. Sólo reconociendo este aire de familia es posible identificar alguna continuidad en una tradición tan rica que agrupa a representantes tan dispares -cronológica, geográfica e intelectualmente- como Locke, Kant, Spencer, Adam Smith, Stuart Mill, T.H. Green, Hobhouse, Constant, Tocqueville, Humboldt, Hayek, Rawls, Dworkin o Nozick, entre otros muchos.

Hay un segmento de la moral que se refiere, como sabemos, a las *concepciones del bien* personal o de la *vida buena* de los individuos, esto es, al tipo de fines, modelos de virtud o excelencia individual que las personas deben buscar o cultivar para hacer que sus vidas sean moralmente ricas, valiosas o meritorias. En este punto el debate se plantea entre un individualismo de corte liberal, y su defensa de los derechos de los individuos, y el moralismo, que exige del Estado una actuación tendente a promover dichas vidas virtuosas y, correlativamente, desalentar aquello que las perturbe. A la definición de lo que se entiende por *vida buena* dedicaremos también un capítulo. Por ahora lo que me interesa es plantear, a partir de este marco general, una de las posibles formas de abordar la tradicional polémica entre liberales y moralistas. Deseo centrarme en los argumentos esgrimidos por unos y otros en torno a la relación entre la moral y la política; es decir, las posturas que discuten sobre las relaciones entre los distintos proyectos privados de buen vivir, entre los distintos mundos morales, y el ámbito público, donde esos mundos confluyen y conviven.

Desde esta perspectiva, el liberalismo pugna por una separación de los ámbitos privado y público que será más o menos tajante según las distintas versiones liberales. Los individuos tendrían plena autonomía para escoger sus proyectos de florecimiento, para optar por lo que consideran una vida buena. Por su parte el Estado no puede mostrar preferencia o incentivar una determinada elección moral de sus ciudadanos. Ya que si lo característico del liberalismo es que «su moral constituyente es una teoría de la igualdad que exige la neutralidad oficial frente a las teorías sobre lo que es valioso en la vida»³⁶, esa misma concepción liberal de la igualdad, como ideal político por excelencia, apela al gobierno a que «trate a todos los que están bajo su cargo como *iguales*, o sea, como con el mismo derecho a su igual respeto y consideración»³⁷. Detengámonos, por un instante, en este punto de la teoría de Dworkin porque su propuesta presenta datos de interés para articular un liberalismo contemporáneo de base igualitarista.

¿Qué significa que el gobierno trate a sus ciudadanos como *iguales*? Para Ronald Dworkin (quien pretende, según expresión de Luís Prieto, «restaurar en todo su esplendor un individualismo radical de signo iusnaturalista»³⁸) esta pregunta «puede contestarse de dos modos fundamentalmente diferentes. El primero supone que el gobierno debe ser neutral acerca de lo que pudiera llamarse el problema de la buena vida. El segundo supone que el gobierno no puede ser neutral en este asunto, porque no puede tratar a sus ciudadanos como seres humanos iguales sin una teoría de lo que debieran ser los seres humanos (...). Cada persona sigue una concepción más o menos bien articulada de lo que da valor a la vida (...). La primera teoría de la igualdad supone que las decisiones políticas, en la medida de lo posible, deben ser independientes de cualquier concepción particular de la buena vida, o de lo que da valor a la vida. Ya que los ciudadanos de una sociedad difieren en sus concepciones, el gobierno no los trata como iguales cuando prefiere una concepción a la otra, porque los funcionarios creen que es intrínsecamente

³⁶ DWORKIN R., "Liberalism", en *Public and Private Morality*, Stuart Hampshire (comp.), Cambridge University Press, Reino Unido, 1978. Cito por la traducción al castellano de Mercedes Córdoba, "El Liberalismo", en *Moral Pública y Privada*, Fondo de Cultura Económica, México, 1983, p. 165. (Este artículo se incluyó como cap. 8 en DWORKIN R., *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Massachusetts, 1985, pp. 181-204; hay traducción más reciente del mismo de Victoria Boschirolí, en *Una cuestión de principios*, present. de Roberto Gargarella y Paola Bergallo, Siglo Veintiuno editores, Buenos Aires, 1ª ed. 2012, pp. 231-258).

³⁷ DWORKIN R., *El Liberalismo*, op. cit., p. 146.

³⁸ PRIETO SANCHÍS L., "Teoría del Derecho y Filosofía Política en Ronald Dworkin", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 14, Madrid, mayo-agosto 1985, pp. 353-377. Prieto Sanchís, no ajeno a la polémica que supone tildar de iusnaturalista el pensamiento de Dworkin, le concede tal calificativo por la "concepción dworkiniana de los derechos humanos como derechos anteriores a cualquier forma de contrato o voluntad humana", p. 355.

superior, o porque pertenece al grupo más numeroso o poderoso. La segunda teoría argumenta, por el contrario, que el contenido del tratamiento igualitario no puede ser independiente de una teoría sobre lo que es bueno para el hombre o sobre la vida buena, porque tratar a una persona como igual significa tratarla de modo como una persona buena o verdaderamente sabia desearía ser tratada. El buen gobierno consiste en el fomento, o cuando menos en el reconocimiento, de las buenas vidas; el tratar como igual consiste en tratar a cada persona como si estuviera deseosa de llevar la vida que de hecho es buena, al menos en la medida en que esto es posible (...). El liberalismo -concluye Dworkin- adopta como moral política constituyente la primera concepción de la igualdad»³⁹.

El liberalismo, al acogerse a la primera de las concepciones de igualdad, se está distinguiendo de otras ideologías políticas como el conservadurismo o algunas formas de socialismo. Para estas otras ideologías no liberales, el tratamiento que el Estado debe dispensar a sus ciudadanos está determinado por las particulares concepciones del bien o de la vida buena que dicho Estado prevea. Pero cuando el liberalismo acoge el primer

³⁹ DWORKIN R., *El Liberalismo*, op. cit., pp. 148-149. Esta concepción clásica, bastante tajante, de neutralidad del Estado frente a las concepciones de vida buena por la que apostó el liberalismo, fue siendo progresivamente matizada por Dworkin en sus posteriores trabajos. Dworkin había venido defendiendo una concepción del liberalismo en la que el principio de neutralidad era su rasgo más característico: el Estado liberal “debe ser, tanto como sea posible, independiente respecto de cualquier concepción del bien particular o respecto de lo que dote de valor a la vida”. DWORKIN R., *El Liberalismo*, op. cit., p. 149. Ideas que sigue reforzando en la reimpresión, siete años después, de este artículo en su obra *A matter of principle*, op. cit., p. 191. Pero ya en este trabajo, sin embargo, el filósofo norteamericano distingue entre el liberalismo basado en la neutralidad y el basado en la igualdad. El primero considera fundamental la idea de que el gobierno no debe tomar partido en temas morales; el segundo tipo implica que el gobierno trate a sus ciudadanos como iguales e insiste en la neutralidad moral sólo en la medida en que la igualdad lo requiera. La tendencia ecléctica de Dworkin es fácilmente comprobable en algunos de sus últimos trabajos, que discurren entre la rigurosidad y la permeabilidad de las clásicas “causas” liberales. Es entonces cuando Dworkin simpatiza con el comunitarismo en su propósito de encontrar los *fundamentos éticos* del liberalismo, que su versión más tradicional ha obviado o dificultado. Aproximación que se hace ya patente en “Liberal Community”, en *California Law Review*, núm. 77, Berkeley, 1989, pp. 479-504. Cito por la traducción al castellano de Claudia Montilla, *La Comunidad Liberal*, estud. prelim. de Daniel Bonilla e Isabel Cristina Jaramillo, Universidad de los Andes, Colombia, 1996. Y se acentúa en *Ética privada e igualitarismo político*: “se debe intentar vincular ética y política dotándose de una concepción definida acerca de la naturaleza y el carácter de la buena vida, de modo que la moralidad política liberal parezca continua más que discontinua, con concepciones filosóficas atractivas acerca de la buena vida”; de este modo, “el liberalismo es continuo con la mejor ética personal, con la concepción filosófica correcta de la buena vida (...) y es interesante porque insiste en que la libertad, la igualdad y la comunidad no son tres virtudes políticas distintas, sino aspectos complementarios”. Compárese esta tesis sobre la esencia del liberalismo con su anterior postura de que el núcleo del liberalismo es su neutralidad frente a las varias teorías del bien. El objeto de su crítica es la cuestionable escisión del individuo entre una ética política pública y la persecución de intereses y fines privados, que reclaman, por el contrario, más continuidad entre ambos: “la estrategia de la continuidad supone que la ética y la política están interrelacionadas de tal forma que algunas de las cuestiones de mayor alcance acerca del carácter de la buena vida son también cuestiones políticas”. DWORKIN R., *Foundations of Liberal Equality*, University of Utah Press, Salt Lake City, 1990. Cito por la traducción al castellano de Antoni Domènech e introducción de Fernando Vallespín, *Ética privada e igualitarismo político*, Paidós, Barcelona, 1993, pp. 43, 44, 45 y 65, respect.

sentido de igualdad está mandando la señal de que es la democracia representativa el mejor mecanismo «para las decisiones colectivas sobre qué conductas deben prohibirse, o reglamentarse, de modo que sean posibles o convenientes otras conductas»⁴⁰.

De esta manera el legislador democrático será, además, un legislador liberal-igualitarista si sus decisiones democráticas no invaden el derecho de los ciudadanos a ser tratados como iguales. La manera en que el legislador democrático es respetuoso con el derecho a la igualdad de trato de todos los ciudadanos se basa en la consideración de dicho derecho -como ya hemos señalado- como una «carta de triunfo en posesión de los individuos: les permitirá resistirse a determinadas decisiones a pesar de que se llegue a ellas por el funcionamiento normal de instituciones generales no impugnadas»⁴¹.

Nadie negaría que en la actualidad deben existir ámbitos de la vida moral extraños al Derecho o a la intervención de la vida política. Hay ciertos aspectos de la vida personal que competen a cada uno de acuerdo con sus propias preferencias y convicciones, y en los que no se consideraría tolerable que el Estado se inmiscuya con sus instrumentos coactivos. Pero aun siendo así, el liberal no intenta separar el Derecho de todo valor o concepción moral, sino que reclama dejar fuera de sus márgenes un cierto ámbito de decisiones y comportamientos moralmente relevantes ante los que el Estado debe mostrarse, no más, que imparcial.

Lo que sus adversarios objetan es, precisamente, esa pretendida extensión del ámbito de no intervención. Para los autores moralistas, la separación de los mundos público y privado, y esa supuesta neutralidad frente a los distintos proyectos de buen vivir, son postulados muy cuestionables. Pues exigen del hombre el desdoblamiento de su personalidad, creando individuos esquizofrénicos que deben actuar diferenciadamente según su actividad se despliegue en el ámbito privado (donde juegan las posiciones morales) ó público (donde se exige exquisita neutralidad).

Este es el terreno de combate en el que quiero enmarcar la cuestión disputada. Entre todas las posibles maneras de abordar la polémica entre liberales y moralistas, me gustaría resaltar la que alude a los distintos modos que tiene cada uno de ver los conceptos de neutralidad, no intervención y concepciones del bien. Acerca del uso de estos conceptos, sus interacciones y las posturas que en torno a ellos se mantienen aparecen las

⁴⁰ DWORKIN R., *El Liberalismo*, op. cit., p. 152.

⁴¹ DWORKIN R., *El Liberalismo*, op. cit., p. 158.

tesis del moralismo legal, el perfeccionismo, el paternalismo, el populismo y el comunitarismo. Por tanto, será importante distinguir el planteamiento liberal de la postura mantenida tanto por los conservadores (algunos, por más que nos extrañe, también liberales como Burke o Fitzjames Stephen), los neoliberales, neoconservadores⁴² y comunitaristas. Todos ellos plantean críticas al programa liberal centradas en el ámbito de mayor o menor intervención que se debe reconocer al Estado en la vida de sus ciudadanos.

Incluso habría diferencias entre el conservadurismo y los neoconservadores toda vez que resulta comprobable «el mayor interés de los nuevos conservadores en los objetivos religiosos y morales»⁴³. A mediados del pasado siglo XX, el relativismo cultural de la izquierda liberal que parecía promover las bases para el *Welfare State* había socavado la moral de Occidente⁴⁴.

⁴² Nos referiremos especialmente al movimiento neoconservador americano, que tuvo bastante relación con la llamada Nueva Derecha. Bajo este apelativo se incluyen, como es sabido, las opciones políticas conservadoras que auparon a líderes como Reagan o Thatcher. En Estados Unidos se distingue junto a la derecha tradicional, una nueva derecha político-religiosa. Pero el neoconservadurismo y la Nueva Derecha no son movimientos idénticos: en el neoconservadurismo encontramos elementos del tradicionalismo que revitalizan las nociones de familia y de ética puritana arraigadas en la sociedad americana. La Nueva Derecha Cristiana hunde sus raíces en cambio en las sectas protestantes. Ver, al respecto, CAÑEQUE C., “La nueva derecha cristiana en USA: aparición, movilización y coyuntura”, en *Sistema*, núm. 63, 1984, pp. 3-36. Algunas diferencias entre neoconservadurismo y Nueva Derecha se hicieron evidentes en la forma de hacer política: Ronald Reagan desarrolló una política ‘liberalista’, que fomentaba la iniciativa privada a costa de reducir las cargas impositivas, con una política ‘restrictiva’ que fomentaba los valores tradicionales y limitaba el aborto y la pornografía. Thatcher, por su parte, combinó el tradicionalismo *tory* de la familia y las costumbres locales con los aspectos más neoliberales del capitalismo. Aun cuando no cabe asimilar el neoconservadurismo a la Nueva Derecha, es cierto que ambos comparten elementos comunes, al menos en el ánimo de fundir neoliberalismo económico y tradicionalismo moral. En este trabajo nos referiremos concretamente al grupo de historiadores americanos que, en los setenta, y recibiendo la influencia de conservadores europeos como el tradicionalismo burkeano y el Ortega y Gasset de ‘La rebelión de las masas’, fueron agrupados, quisieran o no, bajo el rótulo de *neoconservadores*. Dentro de tal grupo se encontrarían Russell Kirk, Irving Kristol, Daniel Bell, Robert Nisbet, Nathan Glazer, Michael Novak, Seymour Martin Lipset, Edward Shils, Daniel Patrick Moynihan, Samuel Huntington, Norman Podhoretz, Aaron Wildavsky, Roger Starr y James Q. Wilson, entre otros. Soslayo, pero merecerían mención aparte, las versiones del neoconservadurismo en Inglaterra (Christopher Dawson, Freya Stark, Malcolm Muggeridge y Michael Oakshott) y en Francia (Jacques Ellul, Bertrand de Jouvenel y Raymond Aron). En España, más que cultivar un neoconservadurismo autóctono, se produjo una recepción de las ideas neoconservadoras anglosajonas. En este sentido, el papel que tuvo la revista “Razón Española” en los ochenta, haciéndose eco de las ideas de los neoconservadores estadounidenses y traduciendo muchos de sus textos, fue importante: revista bimestral, dirigida en aquellos años por Gonzalo Fernández de la Mora, y que editaba la Fundación Balmes. En su Consejo figuraban: Ricardo de la Cierva, J.L. Comellas, Manuel Fernández Galiano, Jesús Fueyo, José García Nieto, J.J. López Ibor, Carmen Llorca, Millán Puelles, A. Navarro. F. Puy, Luis Suarez, Juan Velarde y V. Horia.

⁴³ NISBET R., *Conservadurismo*, trad. de Diana Goldberg Mayo, Alianza Editorial, Madrid, 1995, p. 143.

⁴⁴ El neoconservadurismo, como movimiento más o menos reconocible, nace en y de la década de 1960. Su nacimiento no puede separarse del surgimiento previo de la Nueva Izquierda y del estallido de la Revolución Estudiantil de esa década. Fue el socialista americano Michael Harrington el que dio al movimiento el nombre de *neoconservadurismo*. Sobre el origen del término ver KRISTOL I., *Reflections of a Neoconservative*, Basic Books, Nueva York, 1983. Cito por la traducción de Juan Carlos Gorlier,

Normalmente se suele considerar que la publicación del libro *The Conservative Mind* (1953) de Russell Kirk sirvió de ideario catalizador para que emergiera el movimiento intelectual del nuevo conservadurismo americano⁴⁵. El texto de Kirk no era sólo una historia de los principales conservadores de los últimos ciento cincuenta años en Inglaterra y Estados Unidos, de Burke a Santayana, era también un despiadado ataque a todas las panaceas y errores de la izquierda: desde la perfectibilidad del hombre, el desprecio de la tradición o la nivelación económica y política⁴⁶. El propio Kirk reconoció que el propósito de su obra no es otro que «revisar las ideas conservadoras examinando su validez para esta nuestra confusa época»⁴⁷ y propuso un listado de seis cánones en los que podía resumirse el pensamiento conservador: la creencia de que un designio divino

Reflexiones de un Neoconservador, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1986, pp. 9 y 92; y NOVAK M., *El espíritu del capitalismo democrático*, Tres Tiempos, Buenos Aires, 1988, p. 432. El propio Nisbet reconoce que “Irving Kristol fue desde el principio la figura dirigente de los neoconservadores. Nunca había sido liberal en un sentido consistente. De un trostkismo juvenil pasó directamente a una filosofía política ecléctica que era generalmente más escéptica que receptiva de la modernidad”. NISBET R., *Conservadurismo*, op. cit., p. 141. La mayoría de los neoconservadores americanos compartirían en sus biografías el origen judío, su procedencia de familias trabajadoras del Este que con gran esfuerzo han triunfado y logrado puestos de élite en la Universidad (Harvard, MIT, Chicago, Berkely, Standford) y en la política, y la defensa en su juventud de posturas de izquierdas. El dato de los orígenes del neoconservadurismo como escisión del movimiento liberal queda bien explicado por la pertenencia de muchos de los neoconservadores en su juventud al liberalismo radical de izquierdas. La mayoría de ellos eran conversos del socialismo americano. También tuvo que ver el descreimiento del comunismo en el que se vieron sumidos muchos de estos intelectuales tras el final de la Guerra Fría. Así mismo las revueltas estudiantiles de la década de 1960 se demostraron lo suficientemente destructivas de la comunidad académica -las rebeliones de Berkeley, Cornell, Wisconsin, Harvard, Yale y Michigan fueron revueltas contra los presidentes liberales- como para que muchos profesores pisaran el freno y se unieran a la causa conservadora. Se evoca este pasado en el primer capítulo autobiográfico de KRISTOL I., *Reflexiones de un Neoconservador*, op. cit., pp. 17-28. En este primer capítulo, “Memorias de un trotskyista”, Kristol se refiere a su paso por el City College durante la década de los 30 y al puesto de importancia que ocupó en la Liga Socialista de los Pueblos Jóvenes (Cuarta Internacional).

⁴⁵ Anteriormente el terreno había sido ya abonado por el *Camino de Servidumbre* de Hayek (1944), *Ideas Have Consequences* de Richard Weaver (1948) y el libro *Conservatism Revisited* (1949) de Peter Viereck. En el corto intervalo de 1950 a 1953, además del libro de Kirk, aparecieron importantes obras para el pensamiento neoconservador: *The new Science of Politics* de Eric Voegelin, *Good and Man at Yale* de William F. Buckley, *Lord Acton* de Gertrude Himmelfarb, *Natural Right and History* de Leo Strauss, *The Moral Foundations of Democracy* de John Hallowell, *The Genius of American Politics* de Daniel Boorstin y el libro *Quest for Community* de Robert Nisbet. Resulta curioso como muchos de estos historiadores ya habían empezado anteriormente a publicar sus artículos y a agruparse en torno a revistas que acapararon la escena intelectual americana: destacan la revista *National Review*, aparecida en noviembre de 1955 bajo la dirección de William F. Buckley, la tradicionalista *Modern Age*, fundada por Kirk en 1957, y *The Intercollegiate Review*, publicada desde 1965 por el Intercollegiate Studies Institute. Irving Kristol había sido cofundador de *Encounter* en 1955 con Stephen Spender y contribuyó a la fundación, con Daniel Bell, de *The Public Interest* en 1966, la revista más estrechamente vinculada al movimiento neoconservador. Lo cuenta en el segundo capítulo, “Memorias de un guerrero frío”, en KRISTOL I., *Reflexiones de un Neoconservador*, op. cit., pp. 29-40.

⁴⁶ NASH G.H., *La rebelión conservadora en Estados Unidos*, trad. de Mirta Rosenberg, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1987, p. 98. Una crónica del aluvión de alabanzas que recibió en prensa el libro de Kirk tras su publicación se recogen en esta obra en pp. 98-101.

⁴⁷ KIRK R., *The Conservative Mind*, Henry Regnery Company, Chicago, 1953. Cito por la traducción de Pedro Nácher, *La mentalidad conservadora en Inglaterra y Estados Unidos*, Rialp, Madrid, 1956, pp. 11-12.

rige la sociedad y la conciencia humanas; la inclinación hacia la vida tradicional; la convicción de que la sociedad civilizada requiere órdenes y clases (la única igualdad verdadera es la moral; todos los demás intentos de nivelación son contrarios a la naturaleza y libertad humanas); la creencia de que propiedad y libertad están inseparablemente conectadas y de que la igualdad económica no implica progreso económico; la fe en las normas consuetudinarias y en la tradición y en los prejuicios como formas de conocimiento; y, por último, la repulsa del cambio por el cambio y la innovación como muestra de progreso. La sociedad debe cambiar -reconoce Kirk- pero los cambios han de ser lentos, «como la perpetua renovación del cuerpo humano. La Providencia es el instrumento adecuado para realizar estos cambios, y la piedra de toque de un estadista es su facultad para descubrir el sentido providencial de la sociedad»⁴⁸.

Neoconservadores o tradicionalistas como Richard Weaver, Peter Viereck, Russell Kirk o Robert Nisbet, impresionados por el totalitarismo, la guerra y el desarrollo de la sociedad de masas, desarraigada y secular, durante las décadas de 1930 y 1940, se vieron animados «a regresar a los absolutos éticos y religiosos tradicionales y a rechazar el ‘relativismo’ que supuestamente había corroído los valores occidentales, produciendo un vacío intolerable, llenado solamente por ideologías demoniacas»⁴⁹. El nuevo papel del conocimiento, de la información, la educación y el capital humano como elementos de transformación social e innovación en la nueva sociedad de masas, calificada peyorativamente por los neoconservadores de post-moderna, había perturbado la lucha de clases como motor de la historia. La dialéctica entre burgueses y oprimidos desaparecía en la nueva sociedad del bienestar y el resultado sería la aparición de un pensamiento único. El curso de la historia y de las ideologías habría sucumbido ante la implantación universal de la democracia y de la economía de mercado. Es el llamado *fin de las ideologías* que preconiza Daniel Bell. La cultura se ha transformado en hedonista y consumidora. Este cambio fue, según Bell, producto mismo del nuevo paradigma económico westfaliano. La quiebra del sistema de valores tradicionales fue provocada,

⁴⁸ KIRK R., *La mentalidad conservadora en Inglaterra y Estados Unidos*, op. cit., pp. 18-20.

⁴⁹ NASH G.H., *La rebelión conservadora en Estados Unidos*, op. cit., p. 11. Si rastreamos los motivos que animaron a articular la fuerza intelectual conservadora a partir de 1945, junto con el elemento citado del deseo por regresar a los valores de la tradición y la religión, se encuentra la propuesta de los liberales extremos o libertarios contrarios al intervencionismo y deseosos de ampliar los márgenes de la libertad individual y económica (son los postulados de la Escuela de Chicago encabezada por Ludwig von Mises y su discípulo Hayek); la otra fuerza detonante se recibe del anticomunismo militante, alimentado por el miedo a la expansión soviética. Estas tres orientaciones impulsan y aglutinan al movimiento conservador como respuesta al liberalismo intelectual dominante en los Estados Unidos.

básicamente, por el libre mercado al que nos había arrojado un liberalismo descontrolado. El capitalismo es el origen de todos los males y contradicciones que se dan en la vida norteamericana. El liberalismo había agotado sus propuestas, su utopía ya no ilusionaba y había revelado consecuencias nefastas. El retorno al pasado, a las tradiciones, es el revulsivo contra el rechazo que provoca un liberalismo inoperante y desgastado. Y en la búsqueda de ese nuevo proyecto empeñan los neoconservadores todos sus esfuerzos:

«Las nuevas generaciones se encuentran a sí mismas buscando nuevas metas dentro de un campo político que ha rechazado, intelectualmente hablando, las viejas ideas apocalípticas y quilásticas. En la búsqueda de una ‘causa’ aparece una cólera profunda, desesperada, casi patética; una búsqueda inquieta de un nuevo radicalismo intelectual»⁵⁰.

Entre los propios neoconservadores se encuentran algunas contradicciones entre los ideales que asumen. A pesar de los excesos de un capitalismo que parece haber conducido a las ideologías a su fin en la sociedad de masas, los neoconservadores beben igualmente de las fuentes neoliberales para limitar la acción del Estado en el proceso productivo, pues se achaca a una ‘sobrecarga’ del Estado benefactor, que se ve imposibilitado para atender a las insaciables demandas sociales, la ineficacia que el

⁵⁰ BELL D., *El fin de las ideologías*, Tecnos, Madrid, 1964, p. 548. El conocido artículo de Fukuyama “The End of History?” en 1989 volverá a retomar algunas de las tesis de Daniel Bell tras el fin de la Guerra Fría. La tesis central planteada por Fukuyama es si, con el colapso del comunismo en la Unión Soviética, “lo que podríamos estar presenciando no es simplemente el fin de la Guerra Fría o la desaparición de un determinado periodo de la historia de la posguerra, sino el fin de la historia como tal: esto es, el punto final de la evolución ideológica de la humanidad y la universalización de la democracia liberal occidental como la forma final de gobierno humano”. Cito por FUKUYAMA F., *¿El fin de la Historia? y otros ensayos*, present. y selecc. de Juan García-Morán Escobedo, Alianza editorial, Madrid, 2015, p. 57. Resulta esclarecedor que el impactante artículo de Fukuyama fuera publicado en la revista de acreditada tendencia conservadora *The National Interest* (la versión en castellano de “¿El fin de la Historia?” apareció en la revista *Claves de razón práctica*, núm. 1, abril de 1990, pp. 85-96). Tres años después se convirtió en el best-seller *The End of History and the Last Man*, The Free Press, Nueva York, 1992 (en España traducido por P. Elías, *El fin de la Historia y el último hombre*, Planeta, Barcelona, 1992). Las credenciales conservadoras de Fukuyama no se reducen a que su artículo apareciera publicado en la citada revista americana. Su cercanía al círculo de los neoconservadores se demuestra con las varias coincidencias que tiene su trayectoria vital e intelectual con este movimiento. Con todo, Fukuyama no es fácil de clasificar en el movimiento neoconservador y su evolución posterior impediría endosarle tal etiqueta. Hay una salvedad que distingue al *Fin de la Historia* frente al *Fin de las ideologías* de Daniel Bell: para Fukuyama no se produciría la extinción de las ideologías, sino que habría una claramente dominante, la democrático-liberal. Su tesis del *Fin de la Historia* no sería más que el fin de la lucha dialéctica -hegeliana- entre las grandes ideas que habían movido el curso de la historia (sobre la inserción de Fukuyama en esta tradición de abordar la filosofía de la historia como lucha dialéctica de ideas, que se remonta a Kant, Hegel y Marx, véase WILLIAMS H., SULLIVAN D. y GWYNN MATTHEWS E., *Francis Fukuyama and the End of History*, University of Wales Press, Cardiff, 1997). Es una victoria de la democracia liberal que no supone ningún tipo de determinismo metafísico, ni clausura la historia misma según el devenir de los acontecimientos históricos futuros ni supone el establecimiento exitoso y definitivo del programa liberal. Al fin y al cabo “no es necesario que todos los países se conviertan en sociedades liberales exitosas, basta simplemente con que abandonen sus pretensiones ideológicas de representar formas diferentes y más elevadas de sociedad humana”, p. 86. O dicho en otras palabras, el *Fin de la Historia* no equivale al triunfo de un sistema perfecto, sino a cuestionar que puedan haber alternativas mejores.

sistema de bienestar revela. He ahí la contradicción: si el capitalismo había corrompido la escala de valores tradicionales llevando a su fin la lucha dialéctica de las ideologías, a la par se reconoce que «la mejor esperanza para la humanidad, reside en un capitalismo liberal, intelectual y moralmente fortalecido»⁵¹. El neoconservadurismo es, por tanto, una filosofía política que aboga por un capitalismo democrático en un momento en que el Estado de bienestar keynesiano empezaba a dar las primeras señales de agotamiento.

La impotencia estatal para responder a las expectativas de los ciudadanos ha ido generando un aparato burocrático pesado, anquilosado y excesivamente proteccionista. El apetito insaciable de la población de colmar sus necesidades vitales había sobredimensionado el paternalismo estatal y el individuo ahora había pasado de vivir en el Estado a vivir del Estado. El Estado social había creado expectativas de cobertura imposibles de cumplir, lo que genera una insatisfacción entre la población que ve frustradas sus esperanzas de mejora. Del estricto Estado mínimo liberal se había pasado al desbordado Estado-nodriz en palabras de Kirk, al que se le había encomendado la inabarcable tarea de «satisfacer los apetitos materiales de toda la humanidad»⁵². La libertad económica, tal y como la expresa el libre mercado, aseguraría mayor eficacia con menos intervencionismo. Se trataría de devolver a la iniciativa privada, *privatizar*, ámbitos que habían sido endosados ineficientemente al Estado social. Cuestiones asistenciales irresueltas por el Estado encontrarán mejores vías de satisfacción en manos privadas, en corporaciones o a través de la familia, las iglesias... que es el lugar adecuado para la beneficencia, no el Estado. El objetivo es doble: adelgazando al Estado se reduce su responsabilidad de no poder satisfacer todas las necesidades que se le reclaman y, por otro lado, se revigora la salud del mercado como productor del orden y crecimiento económico. En definitiva, se trata de desviar las exigencias que los individuos plantean al Estado al terreno de las relaciones económicas⁵³. En ese contexto no es de extrañar que la ofensiva neoconservadora reivindicque, sirviéndose de Hayek y Friedman, «que la economía de mercado es favorable para el crecimiento económico»⁵⁴.

⁵¹ KRISTOL I., *Reflexiones de un Neoconservador*, op. cit., p. 95.

⁵² KIRK R., *La mentalidad conservadora en Inglaterra y Estados Unidos*, op. cit., p. 495.

⁵³ Robert NISBET y, sobre todo Michael NOVAK en *El espíritu del capitalismo democrático*, op. cit., muestran sin fisuras su fidelidad al sistema de mercado. Otros autores, como Kristol o Bell, muestran mayor 'tibieza' y asumen propuestas intervencionistas reguladoras de los intercambios. Sus perspectivas liberalistas son compatibles con un Estado del bienestar. La teoría del 'hogar público' de Bell, que pretende reconciliar el liberalismo con los rasgos de una administración más local y doméstica, va en esa dirección. Ver BELL D. y KRISTOL I. (eds.), *The Crisis in Economic Theory*, Basic Books, Nueva York, 1981.

⁵⁴ KRISTOL I., *Reflexiones de un Neoconservador*, op. cit., p. 95.

En materia religiosa y espiritual ocurre prácticamente lo mismo. El excesivo proteccionismo había propiciado el debilitamiento de las instancias sociales tradicionales, como la familia o las instituciones religiosas, que antes satisfacían las demandas que ahora se le endosan al Estado. El telón de fondo de la crisis económica y política debida al sobredimensionado Estado social es una crisis también moral y espiritual, por la desaparición de los valores del orden y la tradición que antes sustentaban al sistema político-social. Se presentará a las instituciones moral-culturales como la Iglesia, el vecindario o la familia como los bálsamos para recobrar aquél orden perdido. Se reclama que «el Estado político se mantenga tan lejos como sea posible de una intromisión en asuntos económicos, sociales y morales; e, inversamente, de que haga todo lo que sea posible para fortalecer y ampliar las funciones de la familia, el barrio, y la asociación cooperativa voluntaria»⁵⁵. En este sentido los escritores neoconservadores «insisten especialmente en una renovación espiritual y moral, que dé vigor, que reponga una sociedad desarticulada, que dé salud a un sistema económico debilitado por las precariedades a que le ha conducido la evolución cultural (...). Se trata de reavivar la cultura tradicional, las bases sustentadoras de la eticidad convencional y sus estructuras mediadoras como la familia y la religión organizadas»⁵⁶. Hay, como recordaba Nisbet, «una necesidad vital de una política del pasado; esto es, una ideología política construida alrededor del estudio así como de la evocación del pasado»⁵⁷. La tan alarmante crisis de la modernidad que los neoconservadores denuncian es, en definitiva, una *crisis espiritual*:

«El problema real de la modernidad es el de la creencia. Para usar una expresión anticuada, es una *crisis espiritual*, pues los nuevos asideros han demostrado ser ilusorios y los viejos han quedado sumergidos. Es una situación que nos lleva de vuelta al nihilismo; a falta de un pasado o un futuro, sólo hay un vacío»⁵⁸.

Los conservadores promueven en este sentido la vuelta a los localismos, a las relaciones vividas a pequeña escala. En la reivindicación conservadora de la idea de comunidad puede encontrarse este acento comunitarista. La crisis espiritual sólo puede paliarse por el estrechamiento de los lazos con el entorno más cercano. Es en la familia y en la Iglesia dónde puede producirse el crecimiento personal y la fe compartida en

⁵⁵ NISBET R., *Conservadurismo*, op. cit., pp. 61-62.

⁵⁶ OLIET PALÁ A., «Neoconservadurismo», en *Historia de la Teoría Política*, Fernando Vallespín (ed.), tomo 5, Alianza Editorial, Madrid, 2002, p. 444.

⁵⁷ NISBET R., *Conservadurismo*, op. cit., p. 152.

⁵⁸ BELL D., *Las contradicciones culturales del capitalismo*, trad. de Néstor A. Míguez, Alianza Editorial, Madrid, 1977, p. 39.

comunidad puede dotar de contenido espiritual las vidas que el capitalismo ha vaciado. La familia se constituye como la estructura social más decisiva y primaria⁵⁹. Los conservadores sostienen que en la vida comunitaria existen fuertes relaciones afectivas que son esenciales para una sociedad ordenada y moralmente sana. Es en sociedades pequeñas y con jerarquías bien delimitadas donde se puede producir el desenvolvimiento moral y espiritual de los individuos. T.S. Eliot capturó bien la predilección que sienten los conservadores tradicionalistas hacia la vida comunitaria:

«Es importante que un hombre pueda sentirse, no como un mero ciudadano de una nación cualquiera, sino como un ciudadano perteneciente a una parte peculiar de su país, con lealtades locales. Estas últimas, como ocurre con la lealtad a la clase, brota de la lealtad a la familia. Ciertamente, un individuo puede llegar a tener la devoción más alta hacia un lugar donde no ha nacido y hacia una comunidad con la que no lo unen lazos ancestrales. Pero pienso que debemos aceptar que, hay en esto algo artificial, algo demasiado consciente, si lo comparamos con una comunidad de gente con fuertes sentimientos locales y con una procedencia en común. Considero que por lo menos debemos aguardar una o dos generaciones para alcanzar una lealtad que sea heredada y no el resultado de una elección consciente. En términos generales, parecería que lo mejor es que la gente viva en el lugar donde ha nacido. La familia, la clase, la lealtad local se sustentan unas a otras, y cuando una decae, las otras sufren también una decadencia»⁶⁰.

El conservadurismo representa una concepción del mundo político y moral que sugiere que tanto los deberes como los derechos derivan de leyes naturales que van más allá de las preferencias individuales y de los arreglos contractuales. La fuente última de toda moral válida y de toda autoridad política hay que buscarla en un reino de valores morales absolutos, orientados por un humanismo teocéntrico en el que el orden divino es la medida y centro de todas las cosas. Algunos conservadores saben de las dificultades a las que tiene que enfrentarse un pensamiento de este tipo: las tensiones que se pueden generar entre la creencia en absolutos morales, que requiere de algún tipo de universalismo, y su apuesta por la defensa de las tradiciones que, encuadradas en circunstancias histórico-temporales determinadas, podría implicar cierto relativismo ético⁶¹.

⁵⁹ HARBOUR W.R., *El pensamiento conservador*, trad. de Juan Carlos Gorlier y Bibiana Tonnelier, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1985, pp. 16 y 156.

⁶⁰ ELIOT T.S., *Notes towards the Definition of Culture*, Harcourt Brace and Company, New York, 1949, p. 51.

⁶¹ HARBOUR W.R., *El pensamiento conservador*, op. cit., p. 96.

Este relativismo, al apartarse de la creencia generalizada en la existencia de un orden moral absoluto del universo, aboca a la sociedad hacia el desorden. Los conservadores manifiestan una postura crítica frente al liberalismo moderno pues consideran que ha aceptado muchas premisas relativistas que allanan el camino hacia el nihilismo. Los conservadores, que admiran el trabajo de Leo Strauss, coinciden con él en su diagnóstico de que el nihilismo y el relativismo liberal se oponen a la concepción total del universo que ellos sustentan:

«El rechazo contemporáneo del derecho natural lleva al nihilismo -más aún, es idéntico al nihilismo (...). Cuando comprendemos que los principios de nuestras acciones no tienen otro sustento que nuestra elección ciega, ya no creemos más en ellos. Ya no podemos comprometernos íntegramente con ellos. Ya no podemos vivir como seres responsables. Para vivir tenemos que silenciar la voz de nuestra razón, que por otra parte es fácilmente silenciable, que nos susurra que nuestros principios son tan buenos o malos como cualquier otro. Cuanto más cultivamos la razón, mas cultivamos el nihilismo y somos menos capaces de vivir como miembros leales de la sociedad»⁶².

Esta derecha americana, neoconservadora, puede ser liberal en lo económico, pero no lo es en absoluto en lo moral. La posición neoliberal dentro del pensamiento conservador sostiene que para proteger el valor y la dignidad del individuo, hay que tener en cuenta el peligro que representa para él el poder estatal excesivo. La parte crucial de la versión liberal clásica con respecto a la libertad que adoptan estos conservadores, es la idea de que lo esencial de la libertad humana debe estar libre de coerción, y que son los poderes coercitivos del Estado los que deben controlarse.

Y aquí surge una fuerte tensión en la forma en la que el neoconservadurismo integra los postulados neoliberales -Mises, Hayek, Friedman- que adoptan muchos de los principios del liberalismo decimonónico, y los tradicionalistas -Kirk, Kristol, Nisbet- que se inspiran en Burke. Ambos grupos coinciden en afirmar que la virtud y el orden son importantes para la libertad, pero difieren en el grado de intervención del Estado para garantizar la salvaguarda de ciertos patrones morales.

Los intentos teóricos de sintetizar en un mismo movimiento postulados que reman en direcciones opuestas se han mostrado todos infructuosos. El utilitarismo y el relativismo moral que requiere la dinámica del librecambio del mercado no encajan con el dogmatismo presente en la tradición burkeana-religiosa. Es difícil de casar la apelación

⁶² STRAUSS L., *Natural Right and History*, University of Chicago Press, Chicago, 1953, pp. 5-6.

a los absolutos morales, las verdades universales e inmutables para fundamentar el orden social, con el amplio campo que se concede a la libertad pero sólo ceñida a los asuntos económicos y a los derechos de propiedad⁶³. La libertad o lo es en todas las esferas de la acción humana o no lo es. No se puede someter la libertad al encorsetamiento de tradiciones pasadas. Ese es el gran dilema del neoconservadurismo. La contradicción entre la tendencia económico-liberal y la moral-conservadora no puede resolverse en una fusión unificada. El neoconservadurismo vive con esta escisión teórica desde que fuera planteada por los conservadores clásicos. En este sentido el prefijo *neo* sobra. El intento neoconservador de dar respuesta a la siguiente pregunta resume sus limitaciones: «¿cómo hacer factible hoy una economía neo-liberal (individualista y de mercado) con una vuelta a los valores tradicionales de la ética puritana?»⁶⁴. Un neoconservador como William R. Harbour lo ha explicado bien cuando señala la actitud ambivalente que tienen los conservadores al debatirse entre el pesimismo en el que se hallan sumidos ante los avances de la sociedad moderna y la disposición que algunos de ellos tienen a preservar aquellos rasgos de la modernidad que merecen la pena:

«Si bien formulan severas críticas a la calidad de vida moderna, normalmente encuentran en la existencia en esta época suficientes bondades como para afirmar que vale la pena defender algunos aspectos de dicha existencia. La moderna sociedad industrial ha creado un mejor nivel de vida y ha permitido muchas libertades personales, que la mayoría de los conservadores ansía defender. Si bien en sus críticas a la sociedad moderna los conservadores contemporáneos parten de los valores “tradicionalistas”, la mayoría acepta la concepción “liberalista” que considera que la industrialización de la sociedad bajo el capitalismo democrático constituyó un importante paso para la humanidad. Queda así de manifiesto el dilema de los conservadores contemporáneos: desean defender a la vez los beneficios de la modernidad de Occidente y los valores socavados por la sociedad moderna. Gozan de ciertos frutos de la modernidad pero se quejan del precio que ha pagado la humanidad»⁶⁵.

El ataque de los neoconservadores contra la modernidad se dirige hacia varios fenómenos interrelacionados que son comúnmente el blanco de las críticas que aparecen en sus obras. En primer lugar, la secularización de la vida humana y del modo en el que

⁶³ Así funde Robert Nisbet neoliberalismo y tradicionalismo en un mismo párrafo para enunciar las ‘verdades conservadoras’: “un Estado mínimo, un gobierno fuerte pero moderado, *laissez-faire* en casi todos los asuntos, familia, barrio, comunidad local, iglesia y otros grupos mediadores para afrontar la mayoría de las crisis, descentralización, localismo y una preferencia por la tradición y la experiencia por encima del planteamiento racionalista, junto con un prejuicio indomable en contra de las medidas redistribución”. NISBET R., *Conservadurismo*, op. cit., p. 135.

⁶⁴ MARDONES J.M., “La filosofía política del neo-conservadurismo americano”, en *Arbor*, núm. 503-504, 1987, p. 175.

⁶⁵ HARBOUR W.R., *El pensamiento conservador*, op. cit., p. 188.

el hombre se piensa a sí mismo le han despojado de las viejas certezas y seguridades que le daba la creencia teocéntrica. En segundo lugar, hay una racionalización de la existencia humana, respaldada en el presunto dogma de las posibilidades infinitas de la sola razón para conocer y progresar, un meliorismo utópico que cree en la continua perfectibilidad del hombre. En tercer lugar, se da una industrialización de la sociedad occidental que sólo quiere cambiar por el mero deseo de cambio, que rechaza lo viejo por la sola ansia de la novedad, que apuesta por el avance tecnológico ignorando el pasado cercano. En cuarto lugar, se produce una gran centralización de poder en instancias nacionales y supraestatales lo que provoca, en quinto lugar, una decadencia de la comunidad, de las instancias intermedias, que debilita el papel de la familia y las instituciones religiosas y asociativas más cercanas. Y, por último, y a consecuencia de todo lo anterior, se produce el socavamiento de los valores religiosos, morales, culturales y políticos tradicionales, con el consiguiente vaciamiento de la vida espiritual de los individuos y su caída en un nihilismo descarnado. La sociedad contemporánea atacaría a diario la concepción que los conservadores tienen de una comunidad sana y ordenada. La combinación de todos estos factores habría contribuido a crear un panorama en el que el conservador, desde luego, no podría sentirse nada cómodo.

Todos estos aspectos influyen en las cuestiones que aquí veremos. No hay que olvidar que los conservadurismos contemporáneos mantienen con el liberalismo un parentesco inevitable al menos por su origen doctrinario compartido. El movimiento neoconservador vuelve sus ojos a Aristóteles, muestra respeto por Locke, desconfía de Rousseau, atribuye la paternidad de su veta económica a Adam Smith y la político-cultural a Burke, recupera el pensamiento clásico reconstruido por Leo Strauss, simpatiza con el conservadurismo económico de Friedman y Hayek, tiene en Russell Kirk a su inspirador más cercano y encuentra en los Padres Fundadores la mirada originalista con la que leer la constitución americana⁶⁶. Sus autores preferidos -remarcan los propios neoconservadores- son indudablemente liberales. Es por eso que la reacción conservadora «se produce en el seno del propio movimiento intelectual liberal (en la jerga americana). Es una rectificación propuesta por un sector importante del movimiento o, si se quiere, una defección en toda regla de una gran parte del mismo»⁶⁷. Los tres elementos constitutivos del pensamiento conservador de posguerra -economicismo, tradicionalismo

⁶⁶ KRISTOL I., *Reflexiones de un Neoconservador*, op. cit., pp. 12-13 y 94-95.

⁶⁷ OLIET PALÁ A., *Neoconservadurismo*, op. cit., p. 390.

y anticomunismo- podían seguir leyéndose como una crítica al programa liberal hecha desde las propias premisas liberales. En ese sentido, es un error creer que «el conservadurismo y el liberalismo americano eran esencialmente diferentes, cuando en realidad eran ‘ramas del mismo árbol’»⁶⁸.

Sí encontraron más dificultades para definirse como un movimiento internamente unificado, pues en su propio seno se encontraron divergencias en función del énfasis que hicieron en cada uno de esos tres elementos constitutivos. Si los economicistas mantenían un parecer más o menos cohesionado en torno a los principios neoliberales del mercado emanados de la escuela de Chicago y, en asuntos morales, eran más benevolentes en materia de conducta sexual, en cambio los tradicionalistas como Kirk no estaban dispuestos a admitir margen de tolerancia alguno sobre temas tales como la pornografía, la censura, el aborto, los derechos de los homosexuales o la legalización de ciertas drogas⁶⁹. Ante estas cuestiones los conservadores neoliberales argumentan en favor de una mayor libertad de expresión y hacen caso omiso a alguna escala de valores absolutos de origen natural o divino siempre y cuando el individuo no comprometa o dañe al prójimo. Esta respuesta refleja claramente el fuerte impacto que tuvo la visión liberal clásica de Stuart Mill sobre el pensamiento conservador contemporáneo. Pero los conservadores “tradicionalistas”, influenciados en cambio por Burke y su defensa del prejuicio y la tradición y por Leo Strauss y su recuperación de los autores clásicos del derecho natural, consideran que si bien la libertad es importante, hay que dejar al Estado el suficiente espacio para la promoción de la virtud, al menos en ciertos casos, para tratar de sostener ciertos patrones morales⁷⁰.

Pero más que intentar pulir las diferencias entre neoliberales y tradicionalistas, la gran batalla del neoconservadurismo se libra en el ámbito de definir la tradición

⁶⁸ NASH G.H., *La rebelión conservadora en Estados Unidos*, op. cit., p. 393.

⁶⁹ NASH G.H., *La rebelión conservadora en Estados Unidos*, op. cit., p. 430.

⁷⁰ Además de las diferencias en los planteamientos entre neoliberales y tradicionalistas en torno a la teoría moral del conservadurismo, William R. Harbour cita otros ámbitos donde las divergencias son palmarias: sobre la idea de orden, los neoliberales temen al Estado y desean maximizar la libertad individual, y los tradicionalistas prestan mayor atención a la necesidad del orden en la sociedad. En cuanto a la perspectiva política, los conservadores tradicionalistas, en deuda con Burke y Disraeli, simpatizan con la idea de un gobierno paternalista y respaldan por ello muchos aspectos del Estado benefactor moderno, y los neoliberales consideran que el gobierno paternalista da al Estado demasiado poder sobre las vidas de sus ciudadanos. Es interesante observar que los conservadores ingleses han respaldado un gobierno tradicionalista en la persona de Margaret Thatcher y los americanos uno más “liberalista” receloso del paternalismo en la figura de Reagan. Ver el cap. 4 “La teoría moral y el sistema de valores del conservadurismo” de HARBOUR W.R., *El pensamiento conservador*, op. cit., pp. 91-120.

conservadora norteamericana a la que todos apelan sin saber exactamente cuál es. Si eran conservadores, ¿qué era lo que querían conservar? La estrategia seguida por la mayor parte de los conservadores lanzados a la búsqueda de las raíces americanas consistió en minimizar la importancia de las obvias diferencias institucionales entre los EEUU y el conservadurismo europeo. El conservador más apegado a este enfoque fue Russell Kirk. Recordemos que el tema principal de su libro *The Conservative Mind* fue el impacto que causó Burke sobre el pensamiento norteamericano. Otros conservadores cuestionaron la herencia de Burke o la utilidad del conservadurismo continental para explicar la historia americana, y emprendieron la búsqueda de una tradición de pensamiento conservador propia basada en una serie de hitos del pasado norteamericano que hallaron nueva interpretación: desde la Revolución americana, la Declaración de Independencia, la Constitución, la Bill of Rights, a personajes como Abraham Lincoln, el juez Oliver Wendell Holmes, Franklin Roosevelt, hasta instituciones como el Congreso y la Suprema Corte⁷¹.

Existe, pues, dentro del pensamiento conservador una heterogeneidad importante. Pero ello no es obstáculo para aglutinarse en torno a ciertos “prejuicios” compartidos sobre los que mantienen consensos estables y duraderos: una presunción a favor de la propiedad privada y el libre mercado; oposición al comunismo, al socialismo y a cualquier otra clase de doctrinas utópicas; apoyo a una fuerte defensa nacional; fe en el cristianismo o en el judaísmo (o al menos la creencia en lo importante que es una religión para la cohesión y el orden); aceptación de la moralidad y de las formas de vida tradicionales, de un código moral no elástico ni relativo, cuyas sanciones siguieran siendo respetadas por la sociedad; y una cierta afirmación de la superioridad intelectual de Estados Unidos y Occidente.

El núcleo común de todos los conservadurismos (neoliberales economicistas y neoconservadores tradicionalistas) es la crítica a la intervención, por excesiva o por mínima, que los liberales igualitaristas habrían pensado para el Estado liberal. No es sólo una cuestión de dónde situar la línea o el tope de la interferencia. No es sólo predicar una intervención minimalista en economía y maximalista en moral. Es, más bien, que tanto

⁷¹ La relectura que hicieron los neoconservadores de estos hitos del pasado americano, reivindicándolo como una tradición intelectual propia frente al foráneo legado burkeano-continental, la hallo en NASH G.H., *La rebelión conservadora en Estados Unidos*, op. cit., pp. 260-273.

en una como en otra solución nos jugamos la salvaguarda de todas las libertades -no sólo de algunas- de la persona humana y las posibilidades reales de una sociedad liberal.

3.2. ¿Qué es lo que estamos discutiendo? *Homogeneidad moral vs. Pluralismo razonable.*

El aprendizaje histórico nos ha hecho apostar por unos sistemas político-sociales frente a otros que se han revelado abusivos, agotados o vulneradores de los perímetros de protección moral inatacables de los individuos. Los fenómenos que hoy acompañan al desarrollo de la sociedad del siglo XXI reclaman mecanismos que nos sean útiles para lograr una mejor comprensión del mundo que nos rodea y que nos capaciten para insertarnos de modo pleno y satisfactorio en nuestro entorno. De sobra es conocido que vivimos en sociedades crecientemente plurales, que requieren acomodar en una convivencia pacífica la diversidad de pautas culturales que en su seno coexisten.

Esa fenomenología a la que me refiero es la que se ha venido a denominar como *globalización*; un neologismo, que siendo tan impreciso como heterogéneo, da cobijo a toda una pluralidad de hechos y transformaciones sociales bastante diferentes entre sí⁷². Sin pretender precisar su significado, pues suficientemente indeterminado ya es, conviene aquí resaltar su repercusión más importante desde la vertiente filosófica. Y ello sin olvidar que la única globalización maltrechamente lograda quizás haya sido la económica. El rostro más humano y social de la globalización sigue dejándonos imágenes desoladoras. Si la globalización humana se manifiesta en el visible fenómeno de las imparables corrientes migratorias, es de esperar que las instituciones públicas debieran manifestar y cultivar el respeto mutuo entre los individuos como ciudadanos libres e iguales.

⁷² Por ejemplo, el profesor Alfonso Ruíz Miguel se ha esforzado en simplificar los principales cambios jurídicos que la globalización parece estar introduciendo “usando la distinción entre las dos funciones clásicas atribuidas al Derecho: por un lado, la prevención y resolución de conflictos y, por el otro, el fomento de la cooperación. Respecto de la función de gestión de conflictos -señala Ruíz Miguel- existe una amplia línea doctrinal que destaca el proceso contemporáneo de transformación del Derecho internacional en el avance hacia una constitución cosmopolita. En efecto, no solo diversos filósofos, sino también juristas y politólogos, vienen propugnando la idea de una democracia a nivel internacional que ya estaría dando sus primeros pasos en forma de un incipiente constitucionalismo cosmopolita que la comunidad internacional solo debería desarrollar y profundizar”. RUIZ MIGUEL A., “La función del Derecho en un mundo global”, en *Entre Estado y Cosmópolis. Derecho y Justicia en un mundo global*, Alfonso Ruíz Miguel (ed.), cap. 1, Trotta, Madrid, 2014, p. 28.

Cuando evaluamos la bondad o adecuación del estilo de vida de las personas que nos rodean, juzgamos a todas luces en función de un criterio moral propio que se erige en baremo de corrección de la conducta de los otros. Ante ello, surge naturalmente una preocupación: la concepción del Derecho resultante no podrá ser nunca liberal, ya que impondrá a algunos la visión que otros poseen acerca del bien. Esta preocupación se hace especialmente sensible si cuando la visión refrendada por el Derecho es la de la mayoría.

Pero este extremo no será preocupante para los moralistas, para quienes hay valores que «justifican las normas morales que los miembros de la comunidad deben aceptar y se facilita la cohesión de todos ellos en torno a unos valores comunes»⁷³. De este modo, la *homogeneidad moral* se valora positivamente y la diversidad puede quedar sacrificada para perseguir el bien de la sociedad, que se sitúa por encima del meramente personal de los individuos que la integran.

En la visión comunitarista esta homogeneidad es importante porque significa que los miembros de las comunidades comparten una idea acerca de lo que dota de valor a un plan de vida. Que todos los miembros de la comunidad anclen sus vidas a un trasfondo de valores comunes es enriquecedor y posibilita la experiencia moral de los individuos. Esta homogeneidad se presenta como un trasfondo conceptual necesario para la vida ética, el horizonte en el que todos los individuos encuentran las seguridades y certezas compartidas. Nos ocuparemos en su momento de las tesis de MacIntyre, Taylor, Sandel o Walzer al respecto (ver apartado “Comunitarismo” del capítulo décimo sobre “El moralismo legal y sus acompañantes”).

El liberal está en una posición muy diferente. En general, argüirá que la libertad es el bien más supremo del hombre, a respetar por la sociedad en la que éste despliega su vida, y que la capacidad de los individuos para desarrollar su personalidad bajo sus elecciones personales y autónomas es la máxima guía de aspiración de las potencias morales de cada uno, valiosa en sí misma y exigencia ineludible de la dignidad humana.

Lo que me interesa ahora es constatar que lo característico, en cambio, de nuestras sociedades actuales, algo alejadas de la descripción que de ellas hace el comunitarismo, es el *hecho del pluralismo*. La expresión, acuñada por Rawls y utilizada en distintos pasajes del *Liberalismo político*, da cuenta de una realidad fáctica, de una descripción de

⁷³ CAMPS V., *Breve historia de la ética*, RBA, Barcelona, 2013, p. 385.

cómo son realmente nuestras sociedades: uno sale a la calle y comprueba que la gente mantiene diferentes, e incompatibles, formas de vida. La coexistencia de una pluralidad de doctrinas religiosas, filosóficas y morales presentes en nuestra sociedad «no es un mero episodio pasajero; es un rasgo permanente de la cultura pública democrática»⁷⁴.

El liberalismo político, frente a las tendencias homogenizadoras, se redescubre en una perspectiva más enriquecedora que intenta basarse en una norma de respeto por las personas y, por ende, respetuosa con las diversas concepciones de lo que es bueno y valioso en la vida. El discurso liberal afirmaría que este pluralismo no es más que la consecuencia lógica a la que nos lleva la defensa del principio de autonomía de las personas, el resultado normal del ejercicio de la razón humana si ésta no se ve sofocada o maleada por regímenes opresores. El liberalismo da por bueno el pluralismo resultante del ejercicio libre de la autonomía de las personas. Considerar que sería un desastre que las sociedades fueran desiguales en valores sería tanto como considerar un desastre el ejercicio mismo de la razón en condiciones de libertad. Puesto que existen muchas religiones y visiones seculares de cómo vivir en cualquier sociedad moderna y que los desacuerdos entre estos puntos de vista lejos de desaparecer se acentúan, los partidarios del liberalismo político sostienen que hay una medida de *pluralismo razonable* -diría John Rawls- que es capaz de hacer posible la convivencia entre concepciones de vida buena aun contrapuestas.

Pero la noción clave de comunidad que los comunitaristas defienden, densa y sustantiva, parece no dar cuenta de este *hecho del pluralismo* habido en las sociedades actuales. Parecería que el comunitarismo necesitaría de cierta homogeneidad moral para que sus postulados prosperen. Para que encaje en la práctica los ideales teóricos que manejan es preciso redefinir los límites de la sociedad a los de una comunidad más o menos homogénea. Esta homogeneidad sería necesaria para mantener los acuerdos comunes o los horizontes compartidos que constituyen la identidad de los sujetos. La comunidad en la que están pensando los comunitaristas es más homogénea que la que la realidad revela. Con lo cual o la posición comunitarista incorpora el hecho del pluralismo o sus tesis suponen una discriminación de unas concepciones del bien frente a otras, ya

⁷⁴ RAWLS J., *Political Liberalism*, Columbia University Press, Nueva York, 1993. Cito por la traducción al castellano de Antoni Domènech, *El liberalismo político*, Crítica, Barcelona, 1996, p. 66.

que aquellas que no se acoplen al contenido homogéneo de la comunidad podrán ser ahogadas con el consiguiente riesgo de exclusión y rechazo.

En cambio, el pluralismo moral, axiológico o valorativo ha sido uno de los argumentos más frecuentemente esgrimidos en favor de la tolerancia o “neutralidad” del Estado liberal. La multiplicidad de formas de vida buena que en las sociedades contemporáneas cohabitan y la diversidad de concepciones del bien que confluyen en ellas suponen un freno a cualquier intento perfeccionista que desde el Estado intente moldear u homogenizar la variedad de vidas morales de los individuos.

Este pluralismo moral es, al menos conceptualmente, diferente al pluralismo razonable por un lado, y al pluralismo de valores por otro. Aunque hacen referencia a realidades comunes, merece la pena distinguirlos. Cuando hablamos de pluralismo moral nos referimos a la existencia en una sociedad de concepciones del bien diferentes, que son sostenidas por distintos subgrupos dentro del grupo social más amplio. Lo que constata el pluralismo moral es la realidad del desacuerdo de las convicciones morales entre los diferentes miembros que integran una comunidad, pero también incorpora una valoración positiva de ese mismo fenómeno del pluralismo. El pluralismo moral lejos de ser un obstáculo para la convivencia es la consecuencia y posibilidad de esa misma convivencia. Un significado diferente a la idea de pluralismo es el que se refiere al desacuerdo, ya no entre concepciones morales, sino entre personas razonables. El propio Rawls también intentó distinguir su hecho del *pluralismo razonable* del hecho del pluralismo como tal:

«No se trata solamente de que las instituciones libres tienden a generar la gran variedad de doctrinas y de puntos de vista previsibles dados los variados intereses de la gente (...). Se trata más bien del hecho de que, entre los puntos de vista que se desarrollan, hay una variedad de doctrinas comprensivas razonables. Estas son las doctrinas que abrazan los ciudadanos razonables y a las que tiene que dirigirse el liberalismo político. No son simplemente el producto de intereses individuales o de clase, o de la muy comprensible tendencia de la gente a concebir el mundo político desde una perspectiva limitada, sino que son, en parte, el resultado del trabajo de la razón práctica en el marco de las instituciones libres»⁷⁵.

Lo que caracteriza al pluralismo moral no es tanto la inconmensurabilidad de los valores (como veremos que ocurre en el pluralismo de valores), como la incompatibilidad

⁷⁵ RAWLS J., *El liberalismo político*, op. cit., p. 67.

entre ellos. Raz, hablando de pluralismo moral, pone el acento en la incompatibilidad de los valores y no en su inconmensurabilidad:

«El pluralismo moral sostiene que existen diversas formas y estilos de vida que ejemplifican diferentes virtudes incompatibles entre sí. Las formas o estilos de vida son incompatibles entre sí, dadas ciertas presunciones razonables sobre la naturaleza humana, no pueden ser normalmente ejemplificadas en la misma vida. No hay nada que impida a una persona ser al mismo tiempo profesor y padre o madre de familia. Pero una persona no puede, al mismo tiempo, orientar su vida a la acción y a la contemplación»⁷⁶.

Frente al pluralismo moral y al pluralismo razonable, se habla de pluralismo de valores para aludir a la existencia de una variedad de valores morales que son incompatibles entre sí, en el sentido de que no pueden ser realizados a la vez en un mismo plan de vida, e inconmensurables, porque no puede determinarse su peso relativo o importancia en caso de conflicto desde algún otro valor fundamental que les sea común y les sirva como medida. Este es el sentido del pluralismo de valores que se ha hecho ya clásico en palabras de Isaiah Berlin:

«Las formas de vida difieren. Los fines, los principios morales, son muchos. Pero no infinitos: han de estar dentro del horizonte humano (...). Lo que es evidente es que los valores pueden chocar; por eso las civilizaciones son incompatibles. Puede haber incompatibilidad entre culturas o entre grupos de la misma cultura o entre usted y yo (...). Podemos discutir nuestros puntos de vista, podemos intentar encontrar un terreno común, pero al final lo que usted persigue puede no ser compatible con los fines a los que yo considero que he consagrado mi vida. Los valores pueden muy bien chocar dentro de un mismo individuo; y eso no significa que unos hayan de ser verdaderos y otros falsos»⁷⁷.

A diferencia del pluralismo moral y el razonable, el de valores no se refiere a las creencias de las personas, sino precisamente a los valores que sustentan a nuestras creencias. Es por ello que decimos que aunque existan una pluralidad de formas de vida valiosas o moralmente aceptables, son entre ellas incompatibles porque no pueden ser realizadas por la misma persona a la vez a lo largo de su vida. Y son, a su vez, incompatibles de una persona a otra porque la incompatibilidad procede de los valores que cada persona abraza. Estamos condenados a elegir y cada elección puede,

⁷⁶ RAZ J., *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986 (reimpr. 2009), p. 395.

⁷⁷ BERLIN I., *The Crooked Timber of Humanity. Chapters in the History of Ideas*, John Murray, London, 1959. Cito por la traducción de J.M. Álvarez Flórez, *El fuste torcido de la humanidad. Capítulos de historia de las ideas*, ed. a cargo de Henry Hardy y pról. de John Banville, cap. 1 “La persecución del ideal”, Península, Barcelona, 2019, p. 39.

seguramente, suponernos una pérdida irreparable. Pero las elecciones no pueden ser más que individuales y los individuos que depositan, por comodidad o por opresión, su decisión en manos de dirigentes, terrenales o espirituales, no viven una vida cabalmente responsable. De ahí que las soluciones que pasen por la homogenización que pretenda esconder dicha incompatibilidad bajo la noción de un todo perfecto, en el que todos los valores coexisten en armonía, resultan no sólo inalcanzables e ininteligibles sino además gravemente lesivas de la espontaneidad y diversidad propias de la autonomía humana. La homogeneidad moral, si fuera un bien, sólo es alcanzable a costa del sacrificio de muchas vidas humanas:

«La noción misma de una solución final no sólo es impracticable sino que, si yo no me equivoco y algunos valores no pueden sino chocar, es también incoherente. La posibilidad de una solución final (incluso si olvidamos el sentido terrible que estas palabras adquirieron en los tiempos de Hitler) resulta ser una ilusión, y una ilusión muy peligrosa. Pues si uno cree realmente que es posible solución semejante, es seguro que ningún coste sería excesivo para conseguir que se aplicase: lograr que la humanidad sea justa y feliz y creadora y armónica para siempre, ¿qué precio podría ser demasiado alto con tal de conseguirlo? Con tal de hacer esa tortilla, no puede haber, seguro, ningún límite en el número de huevos a romper»⁷⁸.

Esta perspectiva requiere dos respuestas hacia el denominado fenómeno del *multiculturalismo*⁷⁹. Por un lado, el reconocimiento público de dicha situación de pluralismo, valorando de forma positiva el enriquecimiento cultural y el mestizaje que supone; por otro, la respuesta de la tolerancia: el acuerdo de poder mostrarse en desacuerdo sobre creencias y prácticas distintas de las propias⁸⁰. Así, ‘reconocimiento público’ y ‘tolerancia’ son respuestas apropiadas al fenómeno del multiculturalismo. Pero que su misma constatación revela la consiguiente nueva fuente de posibles conflictos y dificultades para la convivencia, ante el choque de las plurales moralidades llamadas a coexistir. Será preciso tener un conocimiento de las identidades personales y culturales,

⁷⁸ BERLIN I., *El fuste torcido de la humanidad*, op. cit., p. 43.

⁷⁹ De entre las muchas posibles, nos viene bien adoptar la aproximación al concepto de multiculturalismo que nos ofrece la profesora Amy Guttmann: “un estado de la sociedad y el mundo que contiene gran cantidad de culturas (o subculturas) que inciden unas sobre otras en virtud de las interacciones de los individuos que se identifican con (o confían en) estas culturas. Una cultura o subcultura, a grandes rasgos, consiste en modelos de pensamiento, lengua y acción asociados a una comunidad humana mayor que unas pocas familias”. GUTTMAN A., *Democratic Education*, Princeton University Press, Estados Unidos, 1999. Cito por la traducción al castellano de Águeda Quiroga, *La educación democrática. Una teoría política de la educación*, Paidós, Barcelona, 2001, p. 371.

⁸⁰ Ver sobre esta forma de entender la tolerancia la definición que da Annette Schmitt y las diferentes actitudes entre el tolerante, por un lado, y las del paciente, el indiferente y el resignado en SCHMITT A., “Las circunstancias de la tolerancia”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 11, Universidad de Alicante, 1992, pp. 71-85.

tanto de las que se asumen como domésticas como de las procedentes de entornos convivenciales diferentes. Estos factores acaparan hoy la centralidad de nuestra actualidad política y social y su posible divergencia, cuando no oposición, hará aflorar los desacuerdos ante los que Rawls apelaba a la construcción de un consenso entrecruzado, una convivencia de las coincidencias que hallaríamos entre las diversas doctrinas divergentes:

«En una sociedad moderna, con la muchedumbre de cargos y posiciones que trae consigo, con su proteica división del trabajo, sus muchos grupos sociales y su variedad étnica, las experiencias globales de los ciudadanos son lo suficientemente dispares como para que sus juicios sean, al menos hasta cierto punto, divergentes en muchos si no en la mayoría de los casos»⁸¹.

No todas las soluciones caben. Decir que los valores son incompatibles y pueden chocar no significa que el recuento sea infinito ni que no se puedan adoptar decisiones más o menos estables y duraderas que permitan la convivencia pacífica. Las colisiones, aunque no puedan evitarse, se pueden suavizar. Las pretensiones pueden equilibrarse y se pueden llegar a compromisos que conjuguen las dosis de valores enfrentados. Deben establecerse prioridades, nunca definitivas y absolutas. Lo que sí debemos evitar en todo momento -decía el filósofo letón- es el sufrimiento humano⁸². Y a partir de ahí no exagerar la incompatibilidad de valores pues todavía hay espacio para un amplio acuerdo entre miembros de sociedades distintas. Desencantados con la búsqueda de una armonía definitiva, habrá que contentarse modestamente -dice Victoria Camps- con equilibrios inestables⁸³. Si no hay valores universales, sí hay al menos un mínimo sin el que las sociedades difícilmente podrían perdurar. Y ese mínimo, a pesar de las dificultades, es nuestro deber salvaguardarlo. No se debe forzar la homogeneidad, pero al menos sí podemos y debemos evitar el conflicto.

Es por ello que debemos evitar que las convicciones morales y políticas se impongan en la conversación pública sobre la justicia y los derechos. La consecuencia del hecho del pluralismo es que en la escena pública nos encontramos con diversidad de doctrinas, algunas irreconciliables. En las sociedades contemporáneas se discrepa por cuestiones morales y religiosas que tienen que ver con el ideal de vida buena que cada uno persigue y no cabe esperar que personas conscientes, en pleno uso de su razón, ni

⁸¹ RAWLS J., *El liberalismo político*, op. cit., p. 87.

⁸² BERLIN I., *El fuste torcido de la humanidad*, op. cit., pp. 45-46.

⁸³ CAMPS V., *La fragilidad de una ética liberal*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2018, p. 33.

quiera después de la debida discusión libre, lleguen a la misma conclusión sobre lo que dota de valor a un plan de vida⁸⁴.

Según este argumento, la neutralidad liberal debe defenderse por la necesidad de tolerar desacuerdos morales y religiosos para posibilitar la convivencia. Sin confundir la neutralidad pasiva y vacua con una tolerancia activa y exigente, pues la tolerancia no es neutral en sus contenidos, sino que ella misma se edifica sobre un conjunto de valores sustantivos que son precisamente los que animan a la abstención⁸⁵. Para mantener la imparcialidad entre doctrinas morales y religiosas contrapuestas, el Estado liberal «no critica, ni mucho menos rechaza, ninguna teoría particular acerca de la verdad de los juicios morales. A este respecto, se limita a asumir que los juicios acerca de esa verdad proceden del punto de vista de alguna doctrina moral comprensiva»⁸⁶. Pero que tal juicio moral, hablando clara y llanamente, no es asunto suyo.

Para el profesor José Luis Colomer resulta evidente que «si a la convicción liberal, progresivamente extendida, de que las convicciones morales son ante todo asunto de la conciencia personal, se une la constatación de que el pluralismo ético y religioso se ha convertido en un rasgo duradero (o inevitable) de nuestro mundo, podrá comprenderse que en el pensamiento contemporáneo se haya defendido con vigor la idea de que el Derecho no debe utilizarse para proteger o promover valores morales y, por lo mismo, la idea de que el ejercicio de la autoridad política debe separarse de justificaciones morales, pues ello significaría que el poder del Estado se compromete con alguna de las concepciones éticas frente a otras, o que adopta el inadecuado papel de juez moral de las

⁸⁴ RAWLS J., *El liberalismo político*, op. cit., p. 89.

⁸⁵ Éste es el sentido de la distinción de Ernesto Garzón Valdés entre una tolerancia sensata basada en buenas razones y una insensata apoyada en malas razones: “La tolerancia indiscriminada, la tolerancia pura, sin limitaciones, termina negándose a sí misma y en su versión más radical equivaldría a la eliminación de toda regulación del comportamiento humano. Esto es lo que clásicamente se ha llamado ‘estado de naturaleza’ y que encontrará su descripción más aterradora en la versión hobbesiana. Pero, también sin llegar al extremo de Hobbes, puede afirmarse que la democracia representativa, en tanto institucionalización de la tolerancia, encuentra sus límites cuando pretende violar las buenas razones que la fundamentan: el respeto a la autonomía individual y la imposición de deberes negativos y positivos de acuerdo con el principio de la mayoría. La aceptación de estos límites, cuya violación vuelve insensata la tolerancia, parece tener la curiosa consecuencia de que ella estaría enmarcada por un cerco de prohibiciones inviolables cuya lesión sería intolerable”. Ese perímetro de *lo intolerable*, que ni por mayorías parlamentarias podría ser *tolerado*, que es innegociable y escapa al juego de mayorías es el que Garzón Valdés acuñó con la expresión del ‘coto vedado’, esto es, “aquellos derechos derivados del principio de igualdad básica y de la exigencia de superación y/o compensación de las desigualdades accidentales. El respeto de este ‘coto vedado’, es decir, la accesibilidad al goce de los derechos en él incluidos es lo que confiere homogeneidad básica a la sociedad, a la vez que impone limitaciones a las decisiones gubernamentales, siendo aquí irrelevante el que aquéllas cuenten con el consentimiento o no de los gobernados”. GARZÓN VALDÉS E., “Instituciones suicidas”, en *Isegoría*, núm. 9, 1994, pp. 107 y 115-116.

⁸⁶ RAWLS J., *El liberalismo político*, op. cit., p. 15.

acciones de sus ciudadanos. Esta idea genérica se conoce como la tesis de la *abstención, imparcialidad o neutralidad* del Derecho respecto de la moral»⁸⁷. Veamos esto con más detenimiento.

3.3. El argumento de la neutralidad liberal.

Precisamente como fruto de ese pluralismo que revelan nuestras sociedades, muchos de los grupos que en ella conviven reclaman que su plan de vida tenga, o bien pleno reconocimiento por parte del Estado o bien que éste, a lo sumo, se abstuviera de juzgar la adecuación del mismo. De ahí que surja la idea del «Estado liberal como un Estado que debe ser neutral desde el punto de vista moral, es decir, que debe establecer un tipo de organización jurídico-política adecuado para que sea posible una sociedad en la que a cada individuo y grupo social se le reconozca el derecho de perseguir libremente sus fines y de elegir su modo de vida»⁸⁸.

No sólo no debe el Estado hacer suya alguna concepción particular de lo bueno, tampoco los legisladores ni los jueces deben apelar a doctrinas religiosas o filosóficas comprensivas cuando tratan de argumentar sus decisiones, lo que no les estaría vedado hacer cuando, actuando como ciudadanos, recurren a una verdad moral para justificar su postura en asuntos que no involucran imponer restricciones a terceros. De ahí nacen precisamente las tensiones con el llamado moralismo legal, pues cuando jueces y legisladores tratan de hacer prevalecer su concepción particular estarían imponiendo a sus conciudadanos los efectos de una ley basada en una doctrina moral o religiosa particular que estos podrían no compartir:

«Los jueces no pueden traer a colación su propia moralidad personal, ni los ideales de virtud de la moralidad en general. Todo eso tienen que tratarlo como si fuera irrelevante. Del mismo modo, tampoco pueden invocar puntos de vista -propios o ajenos- religiosos o filosóficos»⁸⁹.

Tanto los ciudadanos, cuando tuvieran en su mano restringir la autonomía de un tercero al que pueden causarle un daño, como los legisladores y jueces, cuando pueden promover e imponer medidas que afectan a la configuración del plan de vida personal,

⁸⁷ COLOMER J.L., “Libertad individual y límites del Derecho”, en *Estado, justicia, derechos*, Elías Díaz y José Luis Colomer (eds.), cap. 6, Alianza Editorial, Madrid, 2002 (reimpr. 2011), p. 180.

⁸⁸ FERNÁNDEZ GARCÍA E., *La obediencia al Derecho*, op. cit., p. 197.

⁸⁹ RAWLS J., *El liberalismo político*, op. cit., p. 271.

deberían dejar a parte sus convicciones morales y religiosas, y limitarse a esgrimir los argumentos de los que quepa esperar razonablemente que pudieran ser aceptados por todos los ciudadanos. Llegado el momento tendremos que ver si, como dicen los comunitaristas, es posible o incluso deseable poner en suspenso o entre paréntesis nuestras creencias cuando debemos discutir sobre asuntos morales con relevancia pública.

El problema reside en que cabe la posibilidad de que ese plan de vida con el que se identifican algunas personas no pueda recibir el reconocimiento o el simple permiso benevolente del sistema jurídico-político en el que pretende desplegarse. La dificultad radica en que el Derecho no es neutral al incorporar necesariamente, como señala Elías Díaz, «valores que han sido y deben ser considerados como fundamentales, básicos, imprescindibles, para que pueda en rigor hablarse de un verdadero Estado de Derecho»⁹⁰. Un Estado de Derecho que sea, como acertadamente acostumbra a decir este profesor, la «institucionalización jurídico-política de la democracia»⁹¹.

Así pues, la pretendida neutralidad del Estado liberal no significa que el Estado y sus instituciones no tengan determinados intereses y valores que señalan qué debe prohibirse o promoverse, o que deba abstenerse de hacerlos valer utilizando el poder coercitivo estatal. En cambio, lo que la tesis de la neutralidad liberal sí sostiene es que «no es misión del Estado realizar el bien moral de sus ciudadanos, o promover su virtud, sino que lo es proteger sus derechos, o regular sus relaciones según pautas de justicia, o hacer posible la cooperación social equitativa; pero esto no supone limitar aquellos derechos a los de libertad y propiedad, o sostener tesis cercanas a las de la ideología del *laissez faire* acerca del marco de relaciones de justicia o cooperación equitativa. La idea de que el Estado no debe actuar desde concepciones del bien moral, sino proporcionar un marco de justicia en la que cada ciudadano pueda perseguir su propia concepción del bien, o tomar sus propias decisiones acerca de qué tipo de vida es bueno para él, es compatible con posiciones acerca de cuál sea ese marco, y desde luego con posiciones igualitaristas o socialdemócratas sobre la justicia y los derechos individuales»⁹².

⁹⁰ DÍAZ E., “Estado de Derecho y legitimidad democrática”, en *Estado, justicia, derechos*, Elías Díaz y José Luís Colomer (eds.), cap. 1, Alianza Editorial, Madrid, 2002 (reimpr. 2011), p. 81.

⁹¹ DÍAZ E., *Estado de Derecho y legitimidad democrática*, op. cit., pp. 75, 80 y 82. Y en DÍAZ E., *El Derecho y el poder. Realismo crítico y Filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 88.

⁹² COLOMER J.L., “Libertad personal, moral y derecho. La idea de la ‘neutralidad moral’ del Estado liberal”, en *Anuario de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm 2, 1998, p. 94. Y añade este autor que “dicha tesis se opone a la acción del Estado -a la interferencia en la libertad personal- en nombre de la superioridad o mayor valor de una determinada concepción del bien o la perfección del ser

Esta forma de entender la neutralidad del Estado hunde sus raíces en la filosofía clásica, remontándose a los modelos contrapuestos de Aristóteles y Kant según las formas de entender la justicia. Para Kant lo que es debido es anterior a lo bueno. De ahí que los principios de justicia que articulen nuestros derechos y deberes han de ser neutrales con respecto a dichas concepciones de lo bueno. Para conocer la ley moral, para saber lo qué debemos hacer -dirá Kant- debemos abstraernos de los fines contingentes, de los imperativos hipotéticos. Igualmente Rawls, al situar a los sujetos tras el velo de la ignorancia, pretende que estos dejen a un lado sus fines particulares y sean capaces de pensar de forma universalizable.

Esta manera de concebir la justicia -más compleja de lo que aquí se presenta- choca indudablemente con la de Aristóteles, para quién los principios de justicia no pueden ser decididos al margen de lo que pueda entenderse por una vida buena. Es más, una constitución para ser justa debe buscar la forma de forjar un carácter bueno en los ciudadanos. No sería posible deliberar sobre los principios de justicia de forma independiente al significado de lo que la sociedad considera un bien.

La oposición entre ambos ideales de neutralidad es evidente. Kant y Rawls pensarían que el modelo propuesto por Aristóteles deja poco espacio para la libertad. El diseño de unos principios de justicia que hagan suyo una determinada concepción del bien tiene el peligro de imponer ese modelo de vida buena sobre otros que no la compartan. No se respeta el fin que es la persona en sí misma, como ser autónomo capaz de elegir sus propios fines.

El Estado liberal de corte kantiano y rawlsiano debe, por tanto, establecer un marco de derechos que sea neutral respecto de los fines de los individuos. Si los individuos son anteriores a los fines, éstos no pueden ser establecidos de antemano por el Estado. Es el Estado el que debe posibilitar que cualquier ciudadano, como fin en sí mismo, pueda escoger cualquier fin dentro del marco establecido. Los individuos primero, los fines después.

En cambio, en la revisión comunitarista de Aristóteles tal distinción se presenta como imposible e indeseable. Los fines no aparecen de forma independiente a los

humano, pero es rotundamente compatible con esa intervención en nombre de valores de igualdad, seguridad, prosperidad, eficiencia, o de la prestación a los ciudadanos de servicios de educación, sanidad, seguridad social u otros servicios públicos”, p. 94.

individuos. Es una ilusión pensar que los individuos eligen libremente sus propios fines. La concepción narrativa de una vida ilustra, precisamente, la unión inseparable entre la persona y sus fines. Su identidad misma depende de los fines que persiga su comunidad. Deliberar sobre lo que implica un bien para el ciudadano tiene que ver con lo que es el bien de la comunidad. De ser así, la aspiración de neutralidad liberal será un engaño. Sería un error tratar de reflexionar sobre la justicia sin reflexionar sobre lo que dota de valor a una vida.

El postulado liberal pretende, precisamente, hacer viable la convivencia en la situación de pluralismo que hemos visto que insoslayablemente presentan nuestras sociedades. Parecería que lo más adecuado en democracia es que cuando los ciudadanos deliberen sobre cuestiones de la esfera pública dejen al margen sus convicciones morales y religiosas bajo el entendido de garantizar la tolerancia y el respeto mutuo, salvaguardando la autonomía de los que no piensan como ellos y sin pretender imponer sus creencias sobre otros. Al fin y al cabo, en las sociedades pluralistas los desacuerdos son perennes y las personas discrepan sobre cuál es la mejor forma de vivir. Y estos desacuerdos morales se trasladarán al Derecho⁹³. Pero para los comunitaristas, en cambio, esta forma tan tajante de separar el mundo de la justicia y el de lo bueno es un tremendo error pues para debatir sobre muchas cuestiones de derechos, al menos las más difíciles o límite, se requiere abordar asuntos morales y religiosos no exentos de polémica. Para decidir sobre derechos que son muy importantes para las personas o cuando un Tribunal Constitucional tiene que deliberar sobre derechos fundamentales «no siempre es posible

⁹³ Los desacuerdos morales que interesan para este trabajo son aquellos que tienen su reflejo en el mundo del Derecho. Los desacuerdos morales en el Derecho son aquellos desacuerdos en los que los diferentes operadores jurídicos, para saber cuál es el contenido del Derecho a aplicar, recurren a argumentos, razonamientos o consideraciones de índole moral sustantiva. Y estos argumentos morales están en conflicto entre ellos. Esto ocurrirá cuando una determinada norma jurídica remita o haga uso, explícita o implícitamente, de términos, valores o principios éticos. Pau Luque ha señalado que “los desacuerdos morales en el derecho son conflictos que versan acerca de cuál es el contenido de determinadas disposiciones jurídicas cuya interpretación y aplicación requieren hacer uso de argumentos y consideraciones morales sustantivas”. Lo relevante entonces para este trabajo es que, al margen de las distintas relaciones más o menos incluyentes o incorporacionistas entre el Derecho y la moral, el contenido de determinadas disposiciones jurídicas (incluyendo las sentencias) a veces necesita para ser desentrañado la apelación a normas, principios o valores morales sustantivos, que pueden estar en conflicto. Ver sobre esto LUQUE P., *De la Constitución a la moral. Conflictos entre valores en el Estado constitucional*, en especial cap. VII: La cuestión de los desacuerdos, Marcial Pons, Madrid, 2014.

dejar aparte las maneras contrapuestas de concebir la vida buena. Y cuando es posible, quizá no sea deseable»⁹⁴.

Ya sabemos que la prioridad de la justicia sobre las concepciones del bien es uno de los baluartes de la propuesta rawlsiana de la justicia como imparcialidad. Es una constante en la historia del liberalismo el afán por distinguir, más o menos nítidamente, la neutralidad de la esfera pública, donde se delibera sobre los principios de justicia, de la esfera privada, donde las distintas concepciones del bien confluyen y chocan. En *El Liberalismo político* Rawls rehúye del término “neutralidad” porque le parece desafortunado y confuso. Aun así decide usarlo para mostrar un tema que ha sido común en la tradición intelectual liberal: el de que «el estado no debe favorecer a ninguna doctrina comprehensiva ni a las concepciones del bien a ellas vinculadas»⁹⁵ y a la par reconoce que ha sido un tema igualmente común de los comunitaristas el criticar esta forma de proceder.

Usando el término con las debidas cautelas, Rawls cree que puede servir para mostrar por qué la primacía de lo justo no debe confundirse con las concepciones de lo bueno. Y para ello distingue entre una neutralidad procedimental, otra que es de efectos y una tercera forma de entender la neutralidad según sus propósitos.

La neutralidad podría ser justificada haciendo referencia a un procedimiento que pueda ser justificado «sin necesidad de apelar a valor moral alguno» o apelando a valores que regulan los procedimientos equitativos que habrían de dirimir las exigencias de las partes en conflicto pero que sean por definición neutrales, tales como la imparcialidad o la igualdad de oportunidades⁹⁶. El propio Rawls excluye la equidad como un valor neutral. Cuando él postula la *justicia como equidad* sabe que el procedimiento resultante no será en absoluto neutral. La equidad expresa mucho más que un valor procedimental, tiene carácter sustantivo y ello es precisamente lo que la capacita para convertirse en el suelo común sobre el que construir el consenso entrecruzado que precisa las situaciones de pluralismo.

⁹⁴ SANDEL M., *Justice: what's the right thing to do?*, Farrar, Straus and Giroux, New York, 2009. Cito por la traducción de Juan Pedro Campos Gómez, *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, Debolsillo, Barcelona, 2ª ed. 2012, p. 275.

⁹⁵ RAWLS J., *El liberalismo político*, op. cit., p. 224.

⁹⁶ RAWLS J., *El liberalismo político*, op. cit., p. 225.

A diferencia de la neutralidad en el procedimiento, la neutralidad de propósitos significa que «aquellas instituciones y aquellas políticas son neutrales en el sentido de que puedan ser respaldadas por el común de los ciudadanos por caer dentro del alcance de una concepción política pública»⁹⁷. Rawls distingue entre tres versiones de la neutralidad de propósitos:

«a) que el estado debe asegurar a todos los ciudadanos iguales oportunidades de promover cualquier concepción del bien libremente afirmada por ellos;

b) que el estado debe abstenerse de cualquier actividad que favorezca o promueva cualquier doctrina comprehensiva particular en detrimento de otras, o de prestar más asistencia a quienes la abracen;

c) que el Estado debe abstenerse de cualquier actividad que aumente la probabilidad de que los individuos acepten una doctrina particular en detrimento de otras (a no ser que se tomen simultáneamente medidas que anulen, o compensen, los efectos de las políticas que así lo hagan)»⁹⁸.

Rawls matiza el “propósito” buscado por cada versión de la neutralidad y, finalmente, apostará por el segundo de los significados. En cuanto al primero, lo excluye por su incompatibilidad con la primacía de lo justo: ya que el estado no puede meramente abstenerse de promover cualquier concepción del bien; sobre algunas concepciones no puede más que estar en contra y no tolerarlas. ¿Podría el estado, en mor de su neutralidad, asegurar la igualdad de oportunidades de quien desea vivir una concepción del bien basada en el fanatismo? El estado no puede ser neutral frente a las doctrinas

⁹⁷ RAWLS J., *El liberalismo político*, op. cit., p. 226.

⁹⁸ RAWLS J., *El liberalismo político*, op. cit., pp. 226-227. El propio Rawls reconoce que esta formulación de las tres versiones está inspirada en la que hace Joseph Raz en *The Morality of Freedom*. Allí Raz distingue entre tres maneras de entender la neutralidad. “1. Ninguna acción política puede ser llevada a cabo o justificada sobre la base de que promueve un ideal del bien, ni sobre la base de que permita a los individuos perseguir un ideal del bien. 2. Ninguna acción política debe llevarse a cabo si hace falta una diferencia en la probabilidad de que una persona pueda promocionar una u otra concepción del bien o sus oportunidades de realizar dicha concepción, a menos que otras acciones se encarguen de cancelar esos efectos. 3. Una de las más importantes metas de la autoridad gubernamental, que es léxicamente prioritaria a cualquier otra, es asegurar para todas las personas una habilidad igual para perseguir en sus vidas y promover en sus sociedades cualquier ideal del bien que ellos elijan”. A la primera la denominará ‘neutralidad como exclusión de ideales’, a la segunda ‘neutralidad limitada’ y a la tercera ‘neutralidad comprehensiva’. RAZ J., *The Morality of Freedom*, op. cit., 114-115. También Kymlicka, con otra terminología pero cuya caracterización de los tipos de neutralidad coincide con la enumerada por Raz, distinguió la primera como ‘neutralidad justificatoria’ y la tercera como ‘neutralidad consecuencialista’. Ver KYMLICKA W., “Liberal Individualism and Liberal Neutrality”, en *Ethics*, vol. 99, núm. 4, Julio 1989, pp. 883-905. El análisis de la neutralidad que hacen Raz y Kymlicka -se verá más adelante- tiene especial interés porque ambos autores realizan apreciaciones relevantes a la noción de Rawls de la justicia como imparcialidad. Es más, ambos autores aun siendo liberales mantienen posturas cercanas al comunitarismo, lo que hace aún más interesantes sus propuestas de reformulación de la neutralidad ya que entroncan directamente con el perfeccionismo liberal.

comprehensivas que van en contra de los propios principios de justicia. Por ello la primera versión debe ser matizada en cuanto que el estado tendría entonces que garantizar la igualdad de oportunidades para promover cualquier concepción permisible.

La tercera versión de la neutralidad Rawls la denomina de efectos o influencias y tiene el problema de que «es inútil tratar de compensar esos efectos e influencias, o incluso tratar de averiguar, con fines políticos, su alcance y profundidad. Debemos aceptar los hechos de la sociología política común»⁹⁹. El liberalismo abandona como impracticable esta neutralidad de efectos. Y la ambigüedad de su uso, y los resultados insospechados que puede provocar, nos dan motivos para renunciar a ella.

Finalmente Rawls apostará por el segundo sentido de la neutralidad. Este significado sí satisface los rasgos de una concepción política en la que se exprese la primacía de lo justo: mientras la estructura básica esté regulada por una concepción así, se entiende que sus instituciones no están diseñadas para fomentar a ninguna doctrina comprensiva particular. Un sistema político que aspira a satisfacer la neutralidad de propósitos de este modo no está concebido para favorecer una doctrina sobre otra. Y eso es lo que un liberalismo político debe perseguir.

Ahora bien, afirmar la neutralidad de propósitos no implica vaciar de contenido ese suelo común que es el consenso entrecruzado. El Estado neutral en sus propósitos no tiene por qué estar impedido de afirmar la superioridad de determinadas formas del carácter moral y estimular determinadas virtudes morales. De este modo, la justicia como equidad ya vimos que no era neutral en lo más mínimo. Antes y al contrario, alberga en su noción determinadas virtudes políticas como son la virtud de la cooperación social, la civilidad, la tolerancia o la razonabilidad. Asumir estas virtudes (que, hagamos hincapié, son políticas, no privadas) no hace perder al Estado la neutralidad de abstenerse de fomentar que sus ciudadanos abracen una u otra doctrina. Lo crucial aquí -como veremos a lo largo de este trabajo- es que la admisión de esas virtudes por parte de un sistema político no desemboca en el Estado perfeccionista promotor de una concepción particular del bien.

Las virtudes políticas van ligadas entonces a los principios de justicia política y son compatibles con el liberalismo político. Definen el ideal de un buen ciudadano

⁹⁹ RAWLS J., *El liberalismo político*, op. cit., p. 227.

democrático. Así pues, se distinguen dichas virtudes políticas de los ideales que definen modos y estilos de vida distintivos o característicos de doctrinas religiosas, morales o filosóficas concretas, o de los modelos aspiracionales que comparten las instituciones asociativas e incluso de la ética privada que tan adecuada resulta para la vida personal y familiar¹⁰⁰.

Si un Estado constitucional toma medidas para fomentar virtudes políticas como la tolerancia no por ello se convierte en un estado perfeccionista. Lo que hace es, en cambio, tomarse muy en serio el ideal sobre el que él mismo se sustenta y robustecer los pilares democráticos sobre los que se edifica, fortaleciendo sus propios principios de justicia y nutriendo ese suelo común en el que confluyen y se entrecruzan las vidas de los ciudadanos libres e iguales. Esto es algo muy diferente a que el Estado se arroge la facultad de imponer algún tipo de moralismo o perfeccionismo.

En suma, cuando Rawls -a pesar de sus reticencias al usar el término- prefiere la neutralidad de propósitos a la neutralidad procedimental o a la de efectos lo que está es diferenciando entre la situación que crea un Estado que se abstiene de cualquier actividad que favorezca o promueva cualquier doctrina particular del bien en detrimento de otras a la de aquel Estado perfeccionista que promueve una política del bien común basada en algún tipo de concepción del bien particular. Aunque la concepción del bien que se promueva sea la mayoritariamente compartida por la comunidad. Si la neutralidad es un ideal teórico que se nos escapa desde el mismo momento en que escogemos unos valores frente a otros (aunque sea el valor de la imparcialidad), no es menos cierto que la única forma que tiene el Estado constitucional de ser respetuoso con la autonomía de su

¹⁰⁰ Es en este sentido en el que opera la ya clásica distinción del profesor Gregorio Peces-Barba entre ética pública y ética privada. La ética privada sería el camino por el que cada individuo alcanza su autonomía o independencia, un proyecto de salvación o de realización plena de la condición humana desde una concepción del bien. Por su parte, la ética pública es el conjunto de objetivos, de fines, que se considera debe realizar el poder político a través de su Derecho. Si la ética privada atiende al bien de los individuos, la ética pública se refiere al bien común, al interés general. Al igual que Rawls al hablar de virtudes políticas, para Peces-Barba la ética pública no es un conjunto vacío de contenido, no es -por así decirlo- una ética neutral. La ética pública se sustenta sobre la propia idea de dignidad humana y en los valores de la libertad, la igualdad, la seguridad y la solidaridad. Este contenido es sustantivo y no es neutral frente a las doctrinas comprensivas que atenten contra los principios de justicia del Estado constitucional. Se puede decir que la ética pública establece los criterios de organización social y los fines del Derechos para que cada persona pueda, en definitiva, perseguir a su modo su ética privada. Sobre las patologías y peligrosas consecuencias que tiene la confusión entre ética pública y privada (o, como aquí veremos, la confusión del pecado y el delito), Peces-Barba se ocupó detenidamente en múltiples lugares; entre otros en PECES-BARBA G., “Ética pública y ética privada”, en *Educación para la Ciudadanía y Derechos Humanos*, Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández, Rafael de Asís y Francisco Javier Ansuátegui (coords.), Espasa Calpe, Madrid, 2007, pp. 56 y ss.

ciudadanos es siendo neutral al menos en su propósito de abstención. Este modelo de Estado es el que se dirime en las propuestas perfeccionistas y moralistas de Fitzjames Stephen y Devlin frente al contraste de las posiciones liberales mantenidas por Stuart Mill y Hart.

El liberalismo contemporáneo, por tanto, asume las debilidades que tiene la noción clásica de neutralidad, la dificultad que entraña su articulación o lo utópico que resulta su realización. Se trata, más bien, de un ideal político que de un objetivo real a conseguir. Por eso autores liberales, aun comprometidos con la idea de neutralidad, avisan de los riesgos y confusiones que su empleo genera y apuestan sustituir dicha idea por la noción, más ajustada, de imparcialidad. Tal es el caso de Rodolfo Vázquez quien sostiene que «el concepto central para un liberal no es el de neutralidad sino el de imparcialidad (...). Ser imparcial es valorar el conflicto en términos de principios generales que se aceptan independientemente de la situación en particular, sin permitir que mis preferencias o prejuicios personales influyan en el juicio». Las actitudes que la imparcialidad exige son o bien la tolerancia o bien la decidida intervención en el conflicto evitando caer en paternalismos injustificados¹⁰¹.

Sigue siendo útil, de algún modo, seguir hablando de neutralidad o imparcialidad no por ser un concepto que describa fielmente la realidad de nuestros Estados, sino por su capacidad para ilustrar la forma en que deben estos operar en contextos de pluralismo creciente. Este ideal político es el de la abstención que recogía la segunda versión de la neutralidad de propósitos por la que Rawls abogó. Y que coincide -y así él mismo lo hace notar- con la que postuló Dworkin. Esta neutralidad del Estado liberal significa que todas las personas y sus decisiones individuales referentes a planes de vida o proyectos de excelencia personal van a ser tratadas o consideradas en pie de igualdad. Es decir, una sociedad podría, por una razón de justicia, «declarar fuera de la ley una conducta porque la teoría óptima de la justicia así lo requiriera» o también podría, en cambio, en base a

¹⁰¹ VÁZQUEZ R., *Educación Liberal. Un enfoque igualitario y democrático*, Fontamara, México, 1997 (2ª ed. 1999), pp. 144 y 145. El profesor Rodolfo Vázquez retoma la clásica distinción de Nino entre moral autorreferente y moral intersubjetiva para comprobar cómo opera esta idea. Con respecto a la moral intersubjetiva (o pública) la neutralidad es sencillamente imposible porque la abstención del Estado de participar en un conflicto tiene, de por sí, un significado moral, la abstención debe evaluarse también desde un punto de vista moral. Y si uno se mueve en el ámbito de un punto de vista moral el terreno que pisa es el de la imparcialidad, no el de la neutralidad. Por su parte, con respecto a la moral autorreferente (o privada) el Estado debe mantener una actitud pluralista que es muy distinta a la exigencia de neutralidad. La neutralidad puede caer en subjetivismos al valorar todos los planes de vida por igual, incluso aquellos contrarios al propio programa liberal. En cambio, la actitud pluralista tiene más que ver con el objetivismo y con el reconocimiento de las necesidades básicas.

una razón ética, «pensar que la conducta que declara fuera de la ley, aunque no es contraria a la justicia, quita sentido, o corrompe, o tiene malas consecuencias de otro tipo, para la vida de su autor. Podría pensar, por ejemplo, que la vida de un homosexual es una vida degradante y, en consecuencia con ello, proscribir las relaciones homosexuales». Lo que niega la neutralidad liberal es la legitimidad de la segunda razón, de la razón ética, para penalizar una conducta; y «eso no significa, evidentemente, que, como resultado de ello, la igualdad liberal sea éticamente neutral»¹⁰².

La cuestión es que ni liberales ni moralistas tienen vedado el hacer campaña a favor de lo que cada uno crea que sea *lo bueno*, defenderlo, protegerlo, promoverlo, preferirlo y, a la postre, escogerlo. Pero, al menos para los primeros, sí existe un cortapisas en el ‘cómo’ hacerlo: «deben de abstenerse de prohibir a nadie llevar la vida que desea, o de castigarle por hacerlo, sólo porque piensen que las convicciones éticas en que se funda esa vida son incorrectas»¹⁰³. Obsérvese, sin embargo, que la tolerancia resultante no es tan neutral como a simple vista parecería, algo que los liberales contemporáneos han aceptado¹⁰⁴ y con lo que sus críticos se han ensañado: los peligros del escepticismo y el relativismo vuelven a acechar de forma recurrente, por ser las herramientas de ataque que se han empleado típicamente en la reflexión iusfilosófica para criticar la pretendida neutralidad liberal.

3.4. Contra las acusaciones de escepticismo y relativismo.

La posición escéptica sostiene que sólo puede haber meras opiniones acerca de los buenos planes de vida, pero que no puede probarse que ningún plan sea intrínsecamente superior a otro. Si resulta que la validez de los valores, ideales y principios morales es puramente relativa a individuos o grupos, y no cabe decidir racionalmente entre quien defiende una conducta y quien la condena, entonces la tesis de la imposición jurídica de la moral queda definitivamente desacreditada. Pues no

¹⁰² DWORKIN R., *Ética privada e igualitarismo político*, op. cit., p. 193.

¹⁰³ DWORKIN R., *Ética privada e igualitarismo político*, op. cit., p. 195.

¹⁰⁴ Un liberal, con todos los matices y adjetivos con los que se le quiera tildar, como Ronald Dworkin no ve comprometida la neutralidad cuando se “reprime a un racista que proclama que la misión de su vida es promover la superioridad blanca. Sería torpe sugerir que el liberalismo ni aprueba ni desaprueba esas convicciones éticas. Lo cierto es que las reprueba porque se oponen a sus principios fundamentales (...). De aquí que la igualdad liberal no sea neutral (...) y no puede respetar por igual el punto de vista de esos discrepantes”. DWORKIN R., *Ética privada e igualitarismo político*, op. cit., p. 198.

podremos hacer más que juicios relativos de lo que es bueno o correcto y, como tales, debiendo siempre permanecer en sede individual. El escepticismo ante la validez intersubjetiva de los juicios morales «parece resolver el debate a favor de la posición liberal de dejar esas materias a la libre decisión de cada individuo»¹⁰⁵. Pero el problema es que este argumento arrastraría a los liberales a extremos que seguramente ellos no quisieran llegar, pues «impide asimismo hablar de principios válidos de justicia o de la moral pública, como los de libertad o igualdad que los liberales defienden»¹⁰⁶. Resultaría muy tentador ser escéptico ante las distintas concepciones del bien, para justificar que el juicio que sobre ellas se haga se residencie en las elecciones de cada persona, pero ello obligaría a predicar lo mismo sobre valores en torno a los cuales los liberales no estarían dispuestos a ser escépticos.

Frente a las objeciones que ven en la moral del liberalismo una concepción escéptica acerca de las teorías de lo bueno, responde Ronald Dworkin que «el liberalismo no puede basarse en el escepticismo. Su moral constituyente prevé que los humanos sean tratados como iguales por su gobierno, no porque no exista lo correcto y lo incorrecto en la moral política, sino porque eso es lo correcto. El liberalismo no descansa en ninguna teoría especial de la personalidad, ni niega tampoco que la mayoría de los humanos piense que lo que es bueno es ser activo dentro de la sociedad. El liberalismo no se contradice: la concepción liberal de la igualdad es un principio de organización política exigido por la justicia, no un modo de vida para los individuos, y a los liberales, como tales, les es indiferente si la gente prefiere hablar sobre asuntos de política, llevar vidas excéntricas, o comportarse como supone que prefieren los liberales»¹⁰⁷.

Por tanto, el liberal se opone a cualquier teoría política que intente imponer a la sociedad un determinado ideal de vida, pues cree que la forma de vida de los individuos es algo que deben decidir ellos mismos. No es un escéptico quien piense que la pregunta sobre cómo deben vivir los individuos no tiene respuesta, sino, que «insiste, por diversas razones, en decir que la respuesta debe darla cada persona por sí misma, y que es el mayor insulto intentar decidir esa cuestión, para los individuos, socialmente»¹⁰⁸.

¹⁰⁵ COLOMER J.L., *Libertad individual y límites del Derecho*, op. cit., p. 190.

¹⁰⁶ COLOMER J.L., *Libertad individual y límites del Derecho*, op. cit., p. 190.

¹⁰⁷ DWORKIN R., *El Liberalismo*, op. cit., pp. 165-166.

¹⁰⁸ DWORKIN R., "Philosophy and Politics", en *Men of ideas. Some Creators of Contemporary Philosophy*, Bryan Magee (ed.), British Broadcasting Corporation, Reino Unido, 1978. Cito por la traducción al castellano de J.A. Robles García, "Filosofía y Política", en *Los Hombres detrás de las ideas*.

En la convivencia actual nos encontramos con moralidades compartidas y valores estimados por cualquiera de las cosmovisiones en juego, o al menos entre las que consideramos justificadas democráticamente¹⁰⁹. Así, «los liberales no tienen por qué y no deberían sostener que la sociedad pueda dispensar de una moral compartida; sólo tienen que decir que la moral compartida debería ser una moral políticamente liberal, que distinga entre valores compartidos, y otros aspectos de la concepción general de las personas acerca de lo que es una buena vida. Estos últimos incluirán cuestiones de religión y asuntos relativos a la conducta y deseos sexuales. Los liberales pueden añadir que la protección de la libertad en áreas de profunda significación personal es en sí misma una norma moral y un valor compartido». La alternativa es «emplear el Derecho para imponer todos los valores centrales de una sociedad liberal y sólo éstos, que incluyen en lugar destacado la protección de áreas de libertad personal»¹¹⁰.

Algunos creadores de la filosofía contemporánea, Fondo de Cultura Económica, México, 1982 (3ª reimpr. 2008), p. 265.

¹⁰⁹ Así manifiesta Sartori su preocupación por la integración de la cultura islámica en la sociedad cosmopolita al señalar que “la ley coránica no reconoce los derechos del hombre (de la persona) como derechos individuales universales e inviolables; otro fundamento, añadido, de la civilización liberal. Y estas son las verdaderas dificultades del problema. El occidental no ve al islámico como un “infel”. Pero para el islámico el occidental sí lo es”. Por lo que respecta a la categoría de ciudadano, “el musulmán reconoce la ciudadanía *optimo iure*, a pleno título, solo a los fieles: y a esa ciudadanía está contextualmente conectada la sujeción a la ley coránica”. SARTORI G., *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Taurus, Madrid, 2001, pp. 53 y 113, respect. En torno a estas disquisiciones al prof. Fernández García no le cabe la menor duda de que “existen religiones, creencias, culturas e ideologías que obstaculizan, de hecho, los intentos cosmopolitas porque están formadas por criterios de pertenencia y no integradores”. FERNÁNDEZ GARCÍA E., *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 113 y 116.

¹¹⁰ NUSSBAUM M., *Hiding from Humanity: disgust, shame and the Law*, Princeton University Press, Estados Unidos, 2004. Cito por la traducción al castellano de Gabriel Zadunaisky, *El ocultamiento de lo humano: repugnancia, vergüenza y ley*, Katz, Buenos Aires, 2006, p. 95. En torno a esta postura puede surgir lo que Martín Diego Farrell llamó la *paradoja de la neutralidad*: “si la neutralidad es un valor -propone Farrell- los únicos planes de vida aceptables son los planes de vida neutrales, esto es, los planes de vida compatibles con el liberalismo. Lo único que se puede hacer en una sociedad neutral es ser liberal (...) ¿Y es malo -se pregunta Farrell- que en una sociedad sólo se pueda ser liberal? Puede serlo. Ante todo, desaparece cualquier tolerancia respecto del intolerante (...). Pero si se tolera un solo plan de vida -el plan de vida liberal- ¿en qué medida puede decirse que esa sociedad valora *las distintas* concepciones del bien? Si la neutralidad concebida como un valor objetivo opone la adopción de un único plan de vida -el plan de vida liberal- ¿en qué sentido ese Estado es neutral? Si la neutralidad se entiende como un valor objetivo termina prohibiendo todos los planes de vida que sean contrarios -siquiera en mínimo grado- a la neutralidad (...). Es una paradoja -concluye- en la medida en que ser neutral respecto de los planes de vida no debería consistir en aceptar sólo los planes de vida que son neutrales”. La contradicción podría superarse si se acepta que “la neutralidad se entiende como dirigida al legislador (...) y acepto también que la manera más simple de entender la neutralidad en el Estado liberal es considerar que ella se dirige al legislador”, ya que “en el Estado liberal -continúa Farrell- no interesa la neutralidad de los ciudadanos sino la neutralidad del legislador, puesto que lo que importa al Estado liberal es la formación y la concreción de los diversos planes de vida, y en estos aspectos la influencia del legislador es incomparablemente mayor que la de los ciudadanos (...). El legislador valora la neutralidad respecto de *su* tarea. Él es neutral respecto de los planes de vida de los ciudadanos, sean estos planes de vida neutrales o no”. El problema habría sido ubicar “a la neutralidad donde no corresponde hacerlo”, esto es, como un valor objetivo. Para ello, Farrell propone otra estrategia para justificar la neutralidad: como ‘meta-valor’, que nos exige considerar que “ningún plan de

Entre ese núcleo de valores compartidos que el liberalismo se esfuerza en proteger encontraríamos el respeto por los derechos humanos, la preferencia por la persuasión a la coacción, la subordinación de la particularidad a la generalidad del Derecho y la igualdad de oportunidades para satisfacer un nivel de vida digno para todos. Sobre estos valores, que pueden estar presentes y ser compartidos por cualquier grupo social, los liberales no son escépticos. Son valores objetivos que no admiten negociación y sobre los que el Estado liberal no se muestra neutral. En este sentido, el liberalismo defiende no un neutralismo sino un pluralismo que se funda en la objetividad de valores¹¹¹. Existe, pues, un conjunto de valores que muy presumiblemente se puede esperar que todos y todas los asuman objetiva y razonablemente y que se deseen para todos sin distinción y, entre éstos, el de la autonomía personal se encontraría en la base de cualquier plan racional de vida. Y en la defensa por poner las condiciones que garanticen su ejercicio el Estado no es neutral en lo más mínimo.

Decidir cuáles han de ser estos valores que sí pueden imponerse por ser comunes es apostar por lo que Colomer ha caracterizado como una especie de ‘escepticismo selectivo’, que también es problemático: en tanto la tesis de la neutralidad sostiene la condición escéptica ante las concepciones del bien, «pero no ante valores de la moral política como derechos, necesidades básicas u otros principios de la moral política, parece que lo que implica es un ‘escepticismo selectivo’; aunque no se explicita claramente parece implicar la tesis escéptica respecto de ciertos segmentos de la moralidad, aquellos que denominamos concepciones personales sobre la vida buena o ideales del bien. Y la cuestión entonces es la de la justificación de la asimetría entre unos y otros juicios morales que supone el escepticismo selectivo»¹¹². No habría razones que justificaran por qué el escepticismo puede operar en ciertos segmentos de la moralidad y no en otros, o por qué

vida tenga un valor objetivo”, sino que obra como meta-valor en el sentido de un principio regulador del valor subjetivo que las personas dan a los planes de vida. La neutralidad “no es un valor -dice Farrell- ni está en el mismo nivel que esos valores subjetivos. Nos dice, en cambio, cómo debemos tratar a esos valores. Nos dice que ninguno de esos valores es objetivo, y que no debemos tener preferencia por un valor respecto de otro sino permitir que se desarrollen por igual todos los planes de vida en la medida en que ellos sean compatibles (...). La neutralidad considerada como meta-valor, entonces, permite ser realmente neutral entre los distintos planes de vida, donde la palabra ‘realmente’ quiere decir que la balanza no se inclina hacia el lado de los planes de vida neutrales”. FARRELL M.D., *Utilitarismo, Liberalismo y Democracia*, Fontamara, México, 1997, pp. 27-30. En este trabajo se puede encontrar un estudio exhaustivo sobre el liberalismo de la neutralidad, en el capítulo homónimo, pp. 7-32.

¹¹¹ VÁZQUEZ R., *Liberalismo, Estado de derecho y minorías*, op. cit., p. 61.

¹¹² COLOMER J.L., *Libertad personal, moral y derecho. La idea de la ‘neutralidad moral’ del Estado liberal*, op. cit., p. 103.

no en todos, o por qué no en ninguno. Es tan probable estar equivocado al juzgar una concepción del bien que al juzgar un principio político.

De ser así, quienes acusan de escepticismo a los liberales habrían errado en el objeto de su crítica. Los liberales no son escépticos, no sostienen que no haya una posición mejor que otra. Simplemente afirman que muchos desacuerdos son desacuerdos razonables entre personas razonables. Y, a falta de consenso, lo mejor es dejar que permanezcan en la esfera privada. Sin embargo, junto a los desacuerdos, hay valores compartidos que merece la pena cultivar y proteger. Sobre ellos, el respeto por las diferencias no lleva al liberal a creer que la vida política es ajena al mundo moral o que debería de estar libre de injerencias valorativas. Por el contrario, el respeto por las personas es un *valor* muy básico, respecto del cual el liberalismo político no es escéptico en lo más mínimo.

Tampoco el liberal es relativista: no todo vale ni todo vale igual. El liberalismo, hasta donde podemos saber, nunca ha afirmado que las diversas creencias e ideologías tengan todas el mismo valor. No se puede defender la tolerancia con el argumento de que todo es relativo. Si así fuera, daría igual la tolerancia que la intolerancia, la dignidad humana que la tortura o la igualdad de la mujer que la ablación genital. La tolerancia presupone la creencia firme en ciertos valores, pues procede del respeto hacia las personas aun cuando tengan criterios y opiniones distintos. Y, precisamente, porque presupone la creencia en ciertos valores, la tolerancia no puede ser ilimitada, pues tales valores acotan también el campo de lo intolerable. Pues el intolerante desea acabar con la tolerancia y con el tolerante. Cuando la tolerancia se vuelve ilimitada troca en relativismo insulso y cava su propia tumba¹¹³. Solo serán defendibles aquellas cosmovisiones e ideologías que sean respetuosas con los derechos humanos, pues de lo contrario dichas prácticas merecerían el calificativo de intolerables. Y la democracia debe ser beligerante contra todo aquello que resulte atentatorio de la dignidad de los hombres y mujeres. En este sentido, «la neutralidad liberal no debe entenderse como provista de un alcance ilimitado» ni debe «ser neutral entre posiciones liberales y antiliberales, como el principio de la

¹¹³ Hace unos meses, a colación de un episodio de censura de la libertad de expresión ocurrido en España sobre las letras de un rapero, el periodista Rubén Amón se preguntaba en el diario *El País* si “¿Ha acabado la tolerancia con la tolerancia?”, edición del 25 de febrero de 2018.

tolerancia no puede ser neutral entre la tolerancia y la intolerancia»¹¹⁴. Victoria Camps ha sintetizado bien los riesgos que el relativismo plantea al pluralismo liberal:

«El pluralismo, pues, apoya la tesis liberal de no intervenir allí donde no hay verdades ni certezas claras. Pero esta es la postura que hemos estado criticando: a falta de opciones claras por parte del liberalismo conduce a que el sujeto moral solo se sienta apegado a los valores materiales y no se sienta comprometido con los morales. El relativismo acaba situándonos en una tierra de nadie donde todo es legítimo y vale igual, incluyendo las cosas y posturas más aberrantes. ¿Cómo distinguir lo aberrante de lo que no lo es, lo tolerable de lo intolerable? ¿No es necesaria una cierta homogeneidad moral para que los individuos tengan el anclaje ético y moral que necesitan?»¹¹⁵.

Por ello, el liberal tampoco necesita ser un relativista que mantenga que diferentes respuestas son las correctas, sino que «afirma que responder por la gente, sea que ésta dé una respuesta correcta, o equivocada, es menguar su personalidad y dignidad»¹¹⁶. El verdadero liberal, por tanto, debe creer en y defender el derecho que tienen los demás a vivir de distintas maneras, aunque él las considere incorrectas y objeto de desaprobación. Y ello, claro está, no quiere decir que las apruebe o les conceda a todas el mismo valor. Un comunitarista como Sandel reconoce que ni Kant ni Rawls necesitaron ser relativistas para defender un marco legal que renunciara a tomar partido en las controversias morales y religiosas de sus ciudadanos. Ambos pensaban que lo mejor era dejar a las personas en libertad de escoger sus valores por sí solas. Esa misma idea de ser libres para elegir cada uno sus propios fines es, ya en sí misma, una poderosa idea moral que desmiente la acusación de relativismo¹¹⁷.

Lo que tendremos que examinar es si cualquier proyecto de buen vivir puede encajar o tener cabida en ese *desacuerdo razonable*, si puede recibir el amparo del Derecho para ser protegido o si, por el contrario, hay opciones personales que deben quedar ajenas al sistema de valores que pedimos que todos los ciudadanos compartan y permanecer en el plano de las opciones y vivencias privadas. Y esta discusión, como enseguida veremos, plantea ciertos problemas.

¹¹⁴ COLOMER J.L., *Libertad personal, moral y derecho. La idea de la 'neutralidad moral' del Estado liberal*, op. cit., pp. 118-119.

¹¹⁵ CAMPS V., *La fragilidad de una ética liberal*, op. cit., p. 83.

¹¹⁶ DWORKIN R., *Filosofía y Política*, op. cit., p. 265.

¹¹⁷ SANDEL M., *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, op. cit., p. 245.

3.5. El argumento *moral* de la abstención.

Los liberales contemporáneos rechazan (siguiendo a Kant y a John Stuart Mill) la idea de que el Estado intervenga en la conducta de sus ciudadanos por la única razón de que ese comportamiento sea éticamente malo o rechazable, o porque ofenda a convicciones morales tradicionales o sostenidas mayoritariamente. Se trata, pues, de renunciar a la coacción jurídica para imponer formas de vida o comportamientos moralmente adecuados o valiosos. Lo que ocurre en este caso es que las razones que se alegan para justificar la abstención del Estado en calificar las conductas humanas como dañinas son razones, en último término y necesariamente, también morales, lo que puede ocasionar serias dificultades argumentativas. Porque la descalificación moral es, por definición, una toma de postura moral o un punto de vista sobre la moral. Lo que significaría desacreditar una postura política (la intervención estatal es mala o peor) con argumentos que, sin reconocerse como tales, son también morales (la neutralidad liberal es buena o mejor). Se trata, en cualquier caso, de refutar una postura moral sobre el papel del Estado y el Derecho con otro argumento que, bajo el mantra de la neutralidad, pretende sin entrar en consideraciones morales reivindicar su potencia moral como más legítima. El liberal clásico incurriría en su crítica en el mismo extremo que pretende refutar: hacer valer, como fundamento rector de la actuación del Estado, un principio que es también moral. Parecería que estamos ante «la contradicción de proponer un planteamiento o principio moral como justificación y criterio de la acción del Estado y, a la vez, pretender la independencia o neutralidad moral de esa propuesta»¹¹⁸.

La pregunta que cabría plantearse es desde qué otro principio, que no sea un principio moral, podría responderse a la pregunta sobre cómo debe actuar o qué regulaciones de conducta puede legítimamente imponer un Estado. De hecho, cuando, como aquí hacemos, abordamos esta cuestión, la perspectiva en la que nos situamos es necesariamente una posición moral. La cuestión de la legitimidad de recurrir al Derecho para imponer pautas morales es una cuestión moral, acerca de la viabilidad o justificación moral de tal recurso. El criterio o principio sobre lo que el Estado puede o debe legítimamente hacer es necesariamente un principio moral: «aunque creamos que existe un derecho general a la libertad o razones de peso en contra de restringirla, no debemos suponer que eso implique la libertad de obrar mal. De hecho, si juzgamos las leyes en

¹¹⁸ COLOMER J.L., *Libertad personal, moral y derecho. La idea de la 'neutralidad moral' del Estado liberal*, op. cit., p. 91.

términos morales, el mejor argumento a favor de la intervención legal es de carácter moral: sea lo que sea lo que haga la ley, debe impedir la conducta inmoral (...). La consecuencia general tiene una importancia práctica porque se han hecho propuestas, que a veces han sido adoptadas, de revisión de leyes penales, bien para permitir actos que estaban prohibidos al parecer por razones morales, bien para prohibir por razones morales actos que en la actualidad están permitidos. Un ejemplo de ello son los actos homosexuales libremente realizados por adultos en privado»¹¹⁹. Comprobamos como las razones que se ofrecen desde uno u otro lado -para penalizar (conservadores) o despenalizar (liberales)- son razones, en último término, morales.

Como ha puesto de relieve en los últimos años José Luís Colomer «si el Estado debe recurrir a un principio moral para justificar su acción, la pretensión de que se abstenga o quede al margen de discusiones morales se revela absurda; sus defensores estarían formulando un principio moral pretendiendo ser moralmente neutrales, con lo que se descalificarían en su mismo planteamiento»¹²⁰. Esta conclusión podría evitarse, al menos parcialmente, si convenimos, con Neil MacCormick que «el punto que discutir no es entonces *si* debería utilizarse el poder del Estado de acuerdo con principios morales, sino *qué* principios morales deberían observarse en el ejercicio del poder del Estado»¹²¹. Esta perspectiva nos permite reformular el debate en términos más viables, pudiendo considerar la neutralidad liberal como un marco de respeto de las diferentes concepciones morales, que es también en sí un principio moral, según el cual no debe usarse el poder coactivo del Estado para imponer una de esas concepciones morales frente a las restantes.

Es lo que nos recuerda Martha C. Nussbaum al señalar que «el hecho mismo de que el liberalismo esté comprometido con la libertad de elección como un gran bien muestra que no es neutral respecto de los valores. Y, en general, la cultura política de una sociedad liberal no está libre de juicios de valor. Lo mejor es verla como una concepción moral parcial, no como una concepción en la que la moral no tiene lugar»¹²². No se trata de defender la neutralidad ante todo principio o juicio moral, aunque sólo sea porque el principio de neutralidad constituye él mismo un principio de la moral política. Huelga

¹¹⁹ LYONS D., *Ethics and the rule of law*, Cambridge University Press, Reino Unido, 1984. Cito por la traducción al castellano de M.L. Serra Ramoneda, *Ética y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1986, p. 178.

¹²⁰ COLOMER J.L., *Libertad individual y límites del Derecho*, op. cit., p. 181.

¹²¹ MACCORMICK N., *Legal Right and Social Democracy*, Oxford University Press, Reino Unido, 1982. Cito por la traducción al castellano de M^a Lola González Soler, *Derecho legal y socialdemocracia*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 27.

¹²² NUSSBAUM M., *El ocultamiento de lo humano: repugnancia, vergüenza y ley*, op. cit., p. 77.

decir que, en el sentido más elemental, el principio de neutralidad no casa bien con las posiciones políticas basadas en la no-neutralidad como son las tesis moralistas y perfeccionistas. Ya que el liberalismo no puede ser neutral ante aquellos que pretenden acabar con la neutralidad dotando al Estado de facultades exorbitadas para enjuiciar las concepciones válidas del bien, que constituyen el núcleo de la vida moral de sus ciudadanos. Entre nosotros también ha clarificado la cuestión Francisco Laporta, para quien la existencia de sistemas jurídicos fuertemente moralizados en las sociedades contemporáneas avanzadas es un hecho incuestionable, ya que puede afirmarse «que hemos asistido a un proceso de incorporación paulatina de contenidos morales en las normas jurídicas»¹²³. Ese no es el problema. Las tensiones surgen cuando nos encontramos «frente a propuestas teóricas que no están dirigidas, como podría parecer, a *desmoralizar* el derecho, sino a *deslegalizar* la moral»¹²⁴.

Esta tesis liberal porta en su proclama una posición marcadamente negativa: enuncia lo que el Estado no debe hacer, qué tipo de soluciones jurídicas no debe propiciar o qué razones no debe usar para imponer coactivamente pautas de conducta a los ciudadanos, pero no nos dice (o no claramente) qué es lo que el Estado debe hacer, qué principios morales debe observar en su legislación o qué pautas normativas debe imponer. Para ello no se debe recurrir a la descalificación moral de los que mantienen una tesis contraria a la liberal, pues la desacreditación de la imposición de una determinada moral (como algo malo o perjudicial para el desarrollo del individuo y su libertad) es ya, en sí, otra postura moral. Por ello, el liberalismo no puede hacernos desfallecer en el intento de desvelar el fundamento (que es también moral) de lo que nos intenta convencer. Los liberales deben proponer, y no veladamente, un principio que delimite y justifique la imposición de pautas de acción mediante normas jurídicas, más allá de ceñirse a señalar lo que no debe imponerse. Y debe hacerlo desde razones diferentes a las de la descalificación moral de los que mantienen la postura opuesta. En este sentido, el liberalismo presupone más de lo que expresamente sostiene.

El desarrollo prolijo y siempre fructífero del debate entre liberales y moralistas no se ha saldado sin consecuencias y como resultado ha ido legando una serie de tendencias híbridas que reconocen e incorporan a sus propuestas las principales críticas de sus

¹²³ LAPORTA F.J., *Entre el Derecho y la moral*, op. cit., p. 99.

¹²⁴ LAPORTA F.J., «Ética y Derecho en el pensamiento contemporáneo», en *Historia de la ética*, Victoria Camps (ed.), vol. III: La ética contemporánea, Crítica, Barcelona, 1989, p. 255.

adversarios, a la vez de salvar y ensalzar los puntos fuertes que las refrendan. Como corolario baste señalar que si es cierto que el moralismo acierta en señalar las deficiencias de la filosofía liberal, también lo es que su propuesta de construir una ética sobre bases morales no comúnmente aceptadas es muy peligrosa. Renunciar a la universalidad como una exigencia de la ley moral es abdicar de un aspecto imprescindible de la ética. Las normas de la moral son más susceptibles de ser irracionales y arbitrarias. Poner por delante la sociedad, el “nosotros” o lo colectivo debilita siempre la autonomía de la persona para decidir, un aspecto que, como se ha visto insistentemente, es una de las conquistas más loables de la filosofía moral.

A esa encomiable tarea han dedicado gran parte de sus esfuerzos los más notables juristas y filósofos. Entre ellos, y entre los que siempre cuentan en primera fila, está John Stuart Mill; a cuya obra prosiguió una avivada discusión en la que la oleada de refutaciones y simpatías no dejó indiferente a la más reputada élite intelectual y académica: desde James Fitzjames Stephen, Patrick Devlin, H.L.A. Hart o Ronald Dworkin, pudiendo llegar el recuento hasta nuestros días. Las posturas que unos y otros mantuvieron en torno al intrincado, y no superado, problema de la imposición de la moral por el Derecho constituyen el objeto de la indagación de este trabajo.

4. MORALISMO LEGAL. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS.

Ahora estamos en mejor disposición para contextualizar la polémica en torno al llamado *moralismo legal*. Recordemos el tercer y cuarto interrogante que planteaba Hart al enunciar el problema. La tercera pregunta apelaba a la posibilidad y formas de la *crítica moral del Derecho*: ¿Está el Derecho abierto a la crítica moral? Y, la cuarta pregunta, era la referida a la *imposición legal de la moralidad*: ¿el hecho de que cierta conducta sea inmoral, según los estándares comunes, es suficiente para justificar que esa conducta sea punible por el Derecho?, ¿es moralmente permisible imponer la moralidad como tal? o ¿Debería la inmoralidad ser un delito?¹²⁵.

Aquellos que confundieron y confunden o, por decirlo sin connotaciones peyorativas, que no encuentran plausible la distinción entre la tercera y cuarta pregunta, según los interrogantes hartianos, son los autores que convendremos en llamar moralistas.

¹²⁵ HART H.L.A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, op. cit., p. 99.

El denominado *moralismo legal* entendido en términos generales viene a proponer que «las normas jurídicas *deben* incorporar las pautas de la moralidad positiva. El hecho de que ciertas pautas morales sean asumidas y vividas en una comunidad constituye una razón suficiente para que las normas jurídicas les presten su mecánica de coacción y las impongan forzosamente. Con el moralismo legal se trata de que las leyes nos obliguen a realizar conductas morales simplemente porque de acuerdo con la opinión social general son morales»¹²⁶.

Tras el trabajo ya clásico de Joel Feinberg, bajo el título *The Moral Limits of the Criminal Law*, es frecuente distinguir entre diferentes tipos de moralismo legal, ya que en ningún caso ésta es una corriente unívoca de pensamiento, pudiendo establecerse hasta cuatro formas diferentes si se conjugan las siguientes notas: por un lado, el carácter estricto o amplio y, por otro, su carácter puro o impuro. El carácter amplio o estricto se refiere al tipo de acciones que constituyen males y legitiman la intervención del Estado con el Derecho penal. Por su parte, el carácter puro o impuro hace referencia a las razones que justifican dicha intervención. Señalaba Feinberg que el *moralismo legal puro en sentido estricto* será aquella postura que legitima que el Derecho prevenga y/o castigue solo las acciones que se consideran inherentemente inmorales, aunque no dañen u ofendan a nadie, y justifica su postura en que el mal que se quiere prevenir y/o castigar es un mal en sí mismo. El *moralismo legal puro en sentido amplio* será toda aquella postura que legitima que el Derecho prevenga y/o castigue todas las acciones que se consideran inmorales, aunque no dañen u ofendan a nadie, y justifica su postura en que el mal que se quiere prevenir y/o castigar es un mal en sí mismo. En tercer lugar, el *moralismo legal impuro en sentido estricto* exigiría prohibir sólo las conductas que sean inherentemente inmorales porque, aunque no son directamente dañosas u ofensivas, tienen un efecto negativo tanto en las personas que las realizan como en la sociedad que las acoge. Por último, el *moralismo legal impuro en sentido amplio* defendería que deben prohibirse todas las conductas que sean inmorales porque, aunque no son directamente dañosas u ofensivas, tienen un efecto negativo en las personas que las realizan y en la sociedad que las acoge¹²⁷.

¹²⁶ LAPORTA F.J., *Entre el Derecho y la moral*, op. cit., p. 48.

¹²⁷ FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. IV: Harmless Wrongdoing, Oxford University Press, New York, 1990, pp. 3-10. La obra *The Moral Limits of the Criminal Law* se compone de los siguientes cuatro volúmenes: *Harm to Others* (1984), *Offense to Others* (1985), *Harm to Self* (1986) y *Harmless Wrong-Doing* (1990). Joel Feinberg, desde el comienzo de su obra, aclara cual es el propósito

Bajo estas consideraciones generales, sus defensores y detractores han esgrimido razones de muy diversa índole para argumentar a favor y en contra del moralismo legal. De hecho, «no siempre se ha argumentado a favor del moralismo legal basándose en los mismos principios: a veces se ha sostenido que es un deber del Estado la búsqueda de la perfección moral de sus ciudadanos por lo que debe imponer coactivamente la moral social»¹²⁸. Nótese, sin embargo, que este argumento hace referencia al perfeccionismo ético, no al moralismo legal. Aunque las fronteras de uno y otro son bastante difusas, y aparecen frecuentemente confundidos en la doctrina por sus múltiples ámbitos compartidos y paralelas razones morales que se aducen para su exposición, se trata de dos materias distintas.

También merece distinguirse este perfeccionismo ético del paternalismo. Aunque a estas dos categorías tendremos ocasión de dedicarnos con detenimiento más adelante, baste aquí señalar que el paternalismo hace referencia a la acción del Estado que restringe o limita la libertad de elección individual apelando como razón para hacerlo a los propios planes de vida de los agentes o a sus intereses tal y como ellos mismos los conciben. Es esta razón de la interferencia estatal la que distingue la limitación paternalista de la fundada en razones perfeccionistas. Mientras que en el paternalismo se desalientan o imponen conductas a favor de la satisfacción de las propias preferencias de los individuos, en el perfeccionismo el Estado busca implementar planes o formas de vida que se consideran valiosas contra el propio parecer y elección de los agentes.

de la misma: “¿qué tipos de conducta pueden ser convertidos en delito correctamente por el Estado?”, vol. I: *Harm to Others*, p. 3.

¹²⁸ DE PÁRAMO J.R., “El moralismo legal contraataca”, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 15-16, 1994, p. 577. Y añade el autor que “parece discutible no solo la finalidad perfeccionista del Estado, sino también pensar que el mejor instrumento para conseguirlo consiste en imponer la moral positiva”, p. 577.



CAPÍTULO PRIMERO

Las concepciones del bien y vida buena

1. INTRODUCCIÓN.

«Todo arte y toda investigación e, igualmente, toda acción y libre elección parecen tender a algún bien; por esto se ha manifestado, con razón, que el bien es aquello hacia lo que todas las cosas tienden.

Decimos que la función del hombre es una cierta vida, y ésta es una actividad del alma y unas acciones razonables, y la del hombre bueno estas mismas cosas bien y hermosamente, y cada uno se realiza bien según su propia virtud; y si esto es así, resulta que el bien del hombre es una actividad del alma de acuerdo con la virtud»¹²⁹.

Con estos archiconocidos párrafos comienza la aristotélica *Ética a Nicómaco*, afirmando que el fin hacia lo que cada cosa tiende es el bien de esa cosa. Así, el fin que le asignemos al ser humano será su propio bien. Y ese fin, podríamos pensar, no puede ser otro que su felicidad. Esta «*Ética* -ha escrito MacIntyre- nos muestra la forma y el estilo de vida necesarios para la felicidad»¹³⁰. Aun cuando haya que precisar qué debemos entender por felicidad¹³¹, parece incuestionable que lo que todo el mundo procura en esta vida es ser feliz. ¿Quién no quiere ser feliz? -solemos decir- aunque haya divergencias en lo que cada uno entienda por esa idea de felicidad:

«Sobre su nombre, casi todo el mundo está de acuerdo, pues tanto el vulgo como los cultos dicen que es la felicidad, y piensan que vivir bien y obrar bien es lo mismo que ser feliz. Pero sobre lo que es la felicidad discuten y no lo explican del mismo modo el vulgo y los sabios. Pues algunos creen que es alguna de las cosas tangibles y manifiestas como el placer, o la riqueza, o los honores (...). Si está enferma, piensa que la felicidad es salud; si es pobre, la riqueza; los que tienen conciencia de su ignorancia admiran a los que dicen algo grande y que está por encima de ellos»¹³².

¹²⁹ ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, libro I, 1094a y 1098a, trad. y notas Julio Pallí Bonet, Gredos, Madrid, 2011, pp. 13 y 23, respect.

¹³⁰ MACINTYRE A., *A Short History of Ethics*, The MacMillan Company, New York, 1966. Cito por la traducción al castellano de Roberto Juan Walton, *Historia de la ética*, Paidós, Barcelona, 2006 (4ª reimpr. 2013), p. 69.

¹³¹ Algo que aquí no vamos a hacer. Baste con señalar que al referirnos a la felicidad, en ética, el equívoco es fácil. Más aún cuando el término griego que traducimos por felicidad es εὐδαιμονία = *eudaimonía*, que literalmente tiene una traducción extraña para nosotros: “tener un buen dáimôn”. Dáimôn puede significar “suerte”, pero también “carácter”. Y ambos ingredientes están en la fórmula de la felicidad. Tener un buen dáimôn requiere suerte, pero también esfuerzo por forjar un carácter virtuoso. La suerte debe acompañarnos para ser felices, pero también hay que ganársela. Emilio Lledó se refiere al “dáimôn, a la fortuna que sobreviene al individuo perdido en el mundo de la escasez y la miseria”, en LLEDÓ E., *Palabra y humanidad*, cap. 7: Lenguaje, ética y felicidad (ya publicado anteriormente en la revista *Sistema*, núm. 101, julio de 1991), ed. e introd. de Juan A. Canal, KRK ediciones, Oviedo, 2015, p. 287. También MacIntyre ha señalado que la εὐδαιμονία es una “denominación que se traduce inevitablemente aunque mal, por felicidad. Se traduce mal porque incluye tanto la noción de comportarse bien como la de vivir bien. El uso aristotélico de esta palabra refleja el firme sentimiento griego de que la virtud y la felicidad, en el sentido de prosperidad, no pueden divorciarse por entero”, MACINTYRE A., *Historia de la ética*, op. cit., p. 71.

¹³² ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, libro I, 4, 1095a 15 a 25, op. cit., pp. 15-16. En otros lugares encontramos referencias de Aristóteles a esta idea de felicidad: “Sea, pues, la felicidad un vivir bien con

Recordemos que Aristóteles es consciente de la ambigüedad intrínseca que acompaña al concepto de felicidad. Por ello nos alerta de no dejarnos embaucar por esa idea y confundir la felicidad con cualquiera de los objetivos a los que los humanos aspiran. No todos saben en qué consiste ser feliz ni qué hay que hacer para llegar a serlo. Queremos el éxito, la honra, el placer, la fama, la riqueza porque pensamos que todo ello nos hará felices, pero no está claro que ésta sea la mejor manera de alcanzar nuestro fin¹³³. Aunque estas cosas ayudan, yerran los que reducen la felicidad a ellas. La felicidad, de nuevo, dependerá de que se realice o no “la función propia del hombre”, su fin. La pregunta ahora es: ¿Cuál es su fin?, pues parece que entramos en un círculo: el hombre ha de realizar su fin, que es su bien, y éste es su felicidad. Pero no sabremos en qué consiste la felicidad sin asignarle o averiguar ese fin.

Para Aristóteles, ese bien o fin del hombre que reporta la felicidad consiste, dicho grosso modo, en actuar bien como seres humanos, en llegar a ser excelentes. Dicho de otra forma, descubrir y realizar nuestra humanidad, nuestra naturaleza humana, «es la vida humana completa vivida al óptimo»¹³⁴, diría MacIntyre. Aristóteles insiste en que el Bien con mayúsculas no existe; los bienes son diversos: el bien del enfermo es la salud, como el bien del pobre es la riqueza. El bien del esclavo es obedecer al amo y el bien de la mujer es ocuparse de las tareas domésticas. Por encima de todos ellos hay un bien mayor y exclusivo, el del hombre libre, el único que puede dedicarse a tiempo completo a ejercer sus obligaciones cívicas, el que responde a la definición del animal político. Los bienes, siguiendo Aristóteles a Platón, son de tres tipos: exteriores, los del cuerpo y los del alma. Éstos últimos son los superiores, de ahí que Aristóteles pueda señalar que la función propia del hombre «es una actividad del alma de acuerdo con la virtud, y si las virtudes son varias, de acuerdo con la mejor y más perfecta, y además en una vida entera»¹³⁵, pues si la felicidad requiere el acompañamiento de la buena fortuna y del

areté, una autarquía de la vida, o la vida más agradable con seguridad o la prosperidad de cosas y cuerpos, con poder de guardarlos y disponer de ellos, pues una de estas cosas, o varias, casi todos están de acuerdo en que es la felicidad. Y si tal cosa es la felicidad, es preciso que de ella sean parte la nobleza, los muchos amigos, los amigos buenos, la riqueza, los hijos buenos, los muchos hijos, la buena vejez y, además, las virtudes corporales como la salud, la belleza, el vigor, la estatura, la fuerza para la lucha, la fama, el honor, la buena suerte (...), *Retórica*, Libro I, 5, 1360b 14 a 23. También en la *Ética eudemia*, 1215a 12 a 20, nos dice que “el vivir bien depende de cosas que proceden de la suerte o de la naturaleza (...) la felicidad será accesible para aquellos que dispongan ellos mismos y sus acciones de una cierta cualidad”.

¹³³ ¿En qué consiste la εὐδαιμονία?, se preguntaba MacIntyre, refiriéndola a Aristóteles: “algunos la identifican con el placer; otros, con la riqueza; otros, con el honor y la reputación (...). Aristóteles descarta el placer (...)”, MACINTYRE A., *Historia de la ética*, op. cit., p. 71.

¹³⁴ MACINTYRE A., *Tras la virtud*, op. cit., p. 188.

¹³⁵ ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, libro I, 1098b, op. cit., p. 23.

esfuerzo, sólo al final de la vida -porque «una golondrina no hace verano»- podremos afirmar que alguien ha sido de verdad feliz:

«El bien del hombre se define como la actividad del alma acorde con la virtud, o bien acorde con las mejores y más perfectas excelencias o virtudes humanas en caso de que haya varias de ellas. Y más aún: se trata de esta actividad a lo largo de toda una vida (...).

Feliz es un predicado que ha de aplicarse a toda una vida. Al llamar feliz o infeliz a alguien nos referimos a su vida y no a estados o acciones particulares. Las acciones y proyectos individuales que integran una vida se juzgan como virtuosos o no, y el todo como feliz o infeliz. Podemos advertir, señala Aristóteles, la conexión entre la felicidad así entendida y todas aquellas cosas que se consideran vulgarmente constitutivas de la felicidad: la virtud, aunque no es la meta final del hombre, es una parte esencial de la forma de vida que sí lo es; el hombre bueno siente placer en la actividad virtuosa, y así se introduce también con razón el placer (...)»¹³⁶.

Ya sólo por ser pertenecientes a la especie humana estamos dotados de una dignidad que nos faculta para labrar nuestro destino sin la injerencia del arbitrio de otros. De lo que se trata será de decidir los medios más adecuados para que se realice ese fin o bien propio del hombre, «pues a esto es, poco más o menos, a lo que se llama buena vida»¹³⁷.

¿Qué es vivir bien? ¿En qué consiste una vida buena? Si hay algo que haya ocupado y preocupado a la reflexión ética es responder a tan elocuentes interrogantes. La teorización sobre la vida virtuosa es el nervio que recorre toda la Historia de las Ideas. El destino de la persona, sus fines en esta vida, su razón de ser, son cuestiones que ocupan un lugar central en el pensamiento filosófico, ya clásico ya contemporáneo. Como bien dice Emilio Lledó, «no hay teoría ética que no esté ya delimitada por ese concepto de vida buena. Sin embargo, estando tan seguros de su necesidad, no podemos estarlo tanto de su contenido, de su sentido»¹³⁸. Lo importante del interrogante no es, por tanto, su respuesta concreta sino ayudar a los individuos «a formularse a sí mismos esta pregunta, a adquirir conciencia de que la respuesta no es ni evidente ni sencillamente inalcanzable, y de que no hay ninguna vida encarada seriamente en la que esta pregunta no constituya una continua preocupación (...). La persona educada liberalmente es la que puede

¹³⁶ MACINTYRE A., *Historia de la ética*, op. cit., p. 75.

¹³⁷ ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, libro I, 1098b, op. cit., p. 24.

¹³⁸ LLEDÓ E., *Palabra y humanidad*, op. cit., p. 271.

rechazar las respuestas fáciles y preferidas, no porque sea obstinada, sino porque conoce otras más dignas de consideración»¹³⁹.

La preocupación por una vida buena o por la mejor forma de vivir acerca la ética a la educación moral y, desde ese prisma, la filosofía moral no es ella misma moralizante, pero tampoco puede ser neutral, como no puede serlo ninguna de las disciplinas que estudian el comportamiento humano. Y cada propuesta que haya intentado dar respuesta a dichos interrogantes habrá hecho primar unos aspectos sobre otros, ofreciéndose una pluralidad de teorías acerca del bien tan dispares como autores se hayan aventurado a contestar la cuestión.

No se trata aquí de examinar la infinidad de respuestas que al respecto se han sugerido, salvo en lo que ya me he referido a Aristóteles y su idea de felicidad y, en lo que sigue, a las referencias que haré sobre un posible hedonismo platónico que enlaza con una idea de placer que nos será también muy útil; sólo me referiré a esas dos éticas clásicas por ser las que mejor me ayudan a trazar la idea de “vida buena” que aquí intento desarrollar. No deseo en cambio hacer un recorrido histórico sobre cómo se ha ido forjando la idea de Bien y cómo cada tradición filosófica ha ido modelando su propia concepción de vida buena. Lo cual se nos escapa de nuestros propósitos y existen ya valiosas obras encargadas de caminar tan prolija historia. Lo que sí tienen en común todas esas respuestas es que, al intentar definir qué se entiende por “concepción del bien”, todas ellas convergen en señalar que con dicha expresión nos referimos «a los ideales o proyectos de vida o realización personal que pensamos o nos proponemos para nuestras propias vidas cuando buscamos hacer de ellas vidas satisfactorias, valiosas o significativas»¹⁴⁰.

Quiero, más bien, discutir si estas cuestiones pueden llegar a ser competencia del Derecho, en tanto orden regulador de la convivencia humana o, en su caso, al menos, facilitar la consecución de aquellos objetivos. Ya sabemos que una de las tradicionales

¹³⁹ BLOOM A., *The Closing of American Mind*, Simon & Schuster, New York, 1987. Cito por la traducción al castellano de Adolfo Martín, *El Cierre de la Mente Moderna*, con prólogo de la edición americana de Saul Bellow y presentación de la edición española de Salvador Giner, Plaza y Janés editores, Barcelona, 1989, p. 21.

¹⁴⁰ COLOMER J.L., “Autonomía y gobierno. Sobre la posibilidad de un perfeccionismo liberal”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 24, Universidad de Alicante, 2001, p. 256. Para José Luís Colomer, al hablar de “concepción del bien” en este contexto “no se trata, entonces, del bien personal en general, o en su significado más amplio de lo que es bueno para alguien o de lo que constituye el valor o la calidad de la vida de las personas, lo que incluye derechos, libertades, oportunidades y otros bienes de diverso tipo, incluidos rasgos de justicia y otros valores políticos de la sociedad en la que vive”, p. 256.

parcelas de la moralidad es la del desarrollo, estímulo y cultivo de algunas virtudes, pero no es evidente que el Derecho deba tener entre sus objetivos el de hacernos virtuosos, o al menos seguramente no debería intentarlo apelando a normas respaldadas con sanciones. Lo mismo sucede, probablemente, con los modelos de vida buena que propone la moral como valiosos y que constituyen ideales morales que con toda seguridad sería muy conveniente que todos abrazáramos pero que, sin embargo, no es moralmente deseable que sean forzados mediante la aplicación de normas jurídicas.

Para determinar si las normas jurídicas deben incorporar contenidos morales y qué contenidos morales podrían integrar, es necesario tener en cuenta el dato ineludible de la presencia de la fuerza de la que goza el Derecho. Y es preciso reparar en ello porque la delicadeza de ciertos segmentos del mundo moral no suele resistir el contacto con la amenaza de la fuerza. Allí donde la coerción aparece, la voluntad libre se esfuma.

Quizás haya sido John Rawls el autor contemporáneo que más influencia haya tenido con su idea de la bueno sobre otros pensadores liberales. Para una persona lo bueno está dado por la realización exitosa de un plan racional, es decir, «somos felices cuando nuestros proyectos racionales se desenvuelven bien, nuestras aspiraciones más importantes se cumplen y estamos, con razón, totalmente seguros de que nuestra buena fortuna continuará»¹⁴¹.

Nótese que esta concepción de la felicidad de Rawls tiene dos aspectos: uno se refiere a la ejecución afortunada de un proyecto racional que una persona se esfuerza por realizar (nuestro catálogo de actividades y propósitos); el otro aspecto hace referencia al estado de ánimo del individuo, a su seguridad de que está haciendo lo correcto y su confianza en que su suerte y éxito se mantendrán en el futuro. Estos dos elementos de la definición de felicidad hacen que «los proyectos deban ajustarse a las condiciones de nuestra vida, y nuestra confianza deba basarse en juicios correctos»¹⁴².

Podemos evaluar deseos e intereses de acuerdo con un plan racional general de vida, pero éste depende, como vemos, de las metas de los individuos y no hay criterios objetivos para apreciar los fines individuales. Como «los proyectos que es racional

¹⁴¹ RAWLS J., *A theory of justice*, Harvard University Press, 1971. Cito por la traducción al castellano de María Dolores González, *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2ª ed. 1995 (11ª reimpr. 2015), p. 495.

¹⁴² RAWLS J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 496.

adoptar varían de una persona a otra, según sus facultades y circunstancias, etc., diferentes individuos encuentran su felicidad en hacer cosas diferentes»¹⁴³.

Los individuos realizamos constantemente en nuestra vida diaria escrutinios para intentar compatibilizar todos nuestros objetivos vitales bajo un fin dominante o plan de vida. Este recuento que hacemos de nuestros deseos trata de ir salvando y reduciendo las posibilidades de elección a las que son nuestras auténticas preferencias. Charles Taylor, desde el comunitarismo, se ha referido a esta idea con su noción de *marco de referencia*:

La identidad de un individuo «se define por los compromisos e identificaciones que proporcionan el marco u horizonte dentro del cual yo intento determinar, caso a caso, lo que es bueno, valioso, lo que se debe hacer, lo que apruebo o a lo que me opongo. En otras palabras, es el horizonte dentro del cual puedo adoptar una postura. La gente puede percibir que su identidad está en parte definida por ciertos compromisos morales o espirituales, digamos, como ser católico o anarquista. O pueden definirla en parte por la nación o la tradición a la que pertenecen, como ser armenio o quebequés. Lo que dicen con esto no es solamente que están firmemente ligados a esa visión espiritual o a ese trasfondo; más bien lo que están diciendo es que ello les proporciona el marco dentro del cual determinan su postura acerca de lo que es el bien, o lo que es digno de consideración, o lo admirable, o lo valioso. Formulado contrafacticamente, lo que dicen es que si perdieran ese compromiso o esa identificación quedarían a la deriva; ya no sabrían, en lo referente a un importante conjunto de cuestiones, cuál es para ellos el significado de las cosas»¹⁴⁴.

Definirme, según Taylor, «significa encontrar lo que resulta significativo en mi diferencia con respecto a los demás». Pero esas cosas que debemos encontrar no tienen significación en sí mismas, sino que dependen de ese horizonte que las dote de valor. Sobre este horizonte las cosas adquieren importancia. El horizonte funciona como un asidero al cual anclar nuestras creencias. Si ese horizonte se desmorona o resultara ficticio, nuestras más firmes creencias perecerán con él: «¿Qué sucede si la explicación es falsa, si no tiene éxito, o puede ser substituida por una descripción más apropiada? El que tengamos cierta impresión de las cosas nunca puede constituir base suficiente para respetar nuestra posición, porque nuestra impresión no puede determinar lo que es significativo. Las cosas adquieren importancia contra un fondo de inteligibilidad. Llamaremos a esto horizonte y en él las cosas adquieren significación para nosotros». Sólo uno puede definir su identidad reflejándola sobre aquél horizonte.

¹⁴³ RAWLS J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 371.

¹⁴⁴ TAYLOR C., *Sources of the self. The making of the modern identity*, Harvard University Press, Cambridge, 1989. Cito por la traducción castellana de Ana Lizón, *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*, Paidós, Barcelona, 1996, p. 43.

La idea de un horizonte de referencia considero que es útil y da buena prueba de cómo operamos, pero creo que el teísmo de Taylor al final le delata: estos horizontes pueden ser «la historia, o las exigencias de la naturaleza, o las necesidades de mi prójimo humano, o los deberes del ciudadano, o la llamada de Dios, o alguna otra cosa de este tenor que tiene una importancia que es crucial y que puede definir una identidad para mí mismo que no sea trivial»¹⁴⁵.

Una idea similar la podemos encontrar en Rawls cuando señala que el proyecto racional para una persona es el que elegiría con *racionalidad deliberativa*, esto es, «el proyecto sobre el que recaería la decisión como resultado de una reflexión cuidadosa, en la que el agente reconsideraría, a la luz de todos los hechos pertinentes, lo que probablemente realizaría aquellos proyectos, investigando así el modo de acción que mejor cumpliría sus deseos más fundamentales»¹⁴⁶.

Durante ese discernimiento que suele ocuparnos toda nuestra vida, podemos investigar la calidad de nuestros deseos y llegar a la conclusión de que algunos de ellos están, en algún sentido, desencaminados. Así, la satisfacción de un deseo puede servir para calmar una sensación momentánea derivada de una situación de urgencia o necesidad sobrevenida. O se puede tratar de un deseo transitorio con el que creemos que vamos a sofocar un desasosiego o angustia. Otros deseos son el fruto de impulsos repentinos o de apetitos desordenados típicos, por ejemplo, de la inexperiencia, del apremio o de la inmediatez con que se quiere satisfacer todo en la juventud. No nos interesa aquí el estudio psicológico de estos procesos ni su perturbadora influencia en una escala normal de elecciones. Pero el conocimiento de la génesis de nuestros deseos puede, muchas

¹⁴⁵ TAYLOR C., *The Falsehood of modernity*, House of Anansi Press, Toronto, 1991. Cito por la traducción castellana de Pablo Carbajosa Pérez, *La ética de la autenticidad*, introd. de Carlos Thiebaut, Paidós, Barcelona, 1994, p. 71.

¹⁴⁶ RAWLS J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 378. El propio Rawls reconoce que en esta definición de racionalidad deliberativa asume algunas presunciones no del todo fiables o demasiado optimistas para lo que la práctica revela: “se supone que no hay errores de cálculo ni de razonamiento, y que los hechos están correctamente valorados. Supongo también que el agente no se halla sometido a equívocos respecto a lo que verdaderamente desea. Además, se supone que es exacto y completo el conocimiento, por parte del agente, de su situación y de las consecuencias de llevar a cabo cada proyecto. Así, el mejor proyecto para un individuo es el que adoptaría si poseyese una información completa. Es el proyecto objetivamente racional para él y determina su bien real. Como es natural, nuestro conocimiento de lo que ocurrirá si seguimos este o aquel proyecto suele ser incompleto. Muchas veces no sabemos cuál es el proyecto racional para nosotros; lo más que podemos tener es una opinión razonable acerca de dónde se encuentra nuestro bien, y a veces solo podemos hacer conjeturas”, p. 378. Y es más, Rawls asume “una cierta competencia por parte de la persona que decide: conoce los rasgos generales de sus deseos y de sus objetivos, tanto presentes como futuros, y es capaz de valorar la relativa intensidad de sus deseos, y de decidir si es necesario lo que realmente desea. Además, puede examinar las alternativas que se le ofrecen y establecer una clasificación coherente de ellas”, pp. 379 y 380.

veces, brindarnos prueba de la calidad o intensidad con la que deseamos un objetivo. Nos parecerá que mientras algunos propósitos reducen su importancia cuando los sometemos a una reflexión crítica, o que incluso pierden totalmente su atractivo, otros, en cambio, pueden adquirir un indudable predominio que ofrece sobrados motivos para perseguirlos.

Me parece sobre esto interesante la caracterización que hace Taylor de un plan de vida como una *narración* coherente que cada uno va escribiendo a lo largo de su existencia. Para encontrar un mínimo sentido a nuestras vidas, para tener una identidad, necesitamos una orientación al bien. Dicha percepción del bien ha de ir entretejida en la comprensión que tengo de mi vida como una historia que va desplegándose: hemos de asir nuestras vidas en una narración. Nuestras vidas existen en ese espacio de interrogantes al que sólo puede responder una narrativa coherente. Para tener sentido de quienes somos hemos de tener una noción de cómo hemos llegado a ser y de hacia dónde nos encaminamos. Es decir, los interrogantes más trascendentales de nuestra vida sólo cabe responderlos observando cómo encajan en la vida que nos rodea, esto es, qué parte desempeñan en la narrativa de esa vida. Para lograr una verdadera evaluación se requiere tanto mirar hacia atrás como hacia adelante:

«Dar sentido a mi acción actual, cuando no se trata de una cuestión baladí como dónde debo ir en el transcurso de los próximos cinco minutos, sino de la cuestión de mi lugar en relación al bien, requiere una comprensión narrativa de mi vida, una percepción de lo que he llegado a ser que sólo puede dar una narración. Y mientras proyecto mi vida hacia adelante y avalo la dirección que llevo o le doy una nueva, proyecto una futura narración, no sólo un estado del futuro momentáneo, sino la inclinación para toda la vida que me espera»¹⁴⁷.

Otros comunitaristas como Sandel han señalado que los deberes y obligaciones más importantes para nuestras vidas no se pueden explicar a través de un mero acto de voluntad o elección caprichosa, «sino que dimanan de razones ligadas a las narraciones con las que interpretamos nuestras vidas y las comunidades en que vivimos»¹⁴⁸. En un sentido muy similar, también desde el comunitarismo, MacIntyre ha apostado por una concepción narrativa de la persona. El ser humano es un «contador de historias», ha dicho:

¹⁴⁷ TAYLOR C., *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*, op. cit., p. 65.

¹⁴⁸ SANDEL M., *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, op. cit., p. 273.

«Soy aquello por lo que justificadamente me tengan los demás en el transcurso de una historia que va desde mi nacimiento hasta mi muerte; soy el *tema* de una historia que es la mía propia y la de nadie más, que tiene su propio y peculiar significado»¹⁴⁹.

Todas las narraciones vividas, observa MacIntyre, tienen algo de impredecibles y teleológicas, persiguen un fin. Al igual que «los personajes de un relato de ficción, no sabemos lo que va a ocurrir a continuación, pero no obstante nuestras vidas tienen cierta forma que se autoproyecta hacia nuestro futuro»¹⁵⁰.

Vivir una vida es proseguir una andanza narrable que aspira a una cierta unidad o coherencia. Cuando me encuentro con caminos divergentes intento saber cuál dará más sentido a mi vida como un todo y a aquello por lo que me preocupo. Para MacIntyre, como comunitarista, esta deliberación moral de uno mismo no puede desembarazarse del resto de narraciones de las que el individuo forma parte. Así, solo puedo contestar a la pregunta «¿qué voy a hacer?» si puedo contestar a la pregunta previa ‘¿de qué historia o historias me encuentro formando parte?’ Entramos en la sociedad humana con uno o más papeles-personajes asignados, y tenemos que aprender en qué consisten para poder entender las respuestas que los demás nos dan y cómo construir las nuestras»¹⁵¹. Puedo dar sentido a la narración de mi vida solo si soy capaz de enmarcarla en el resto de historias en las que me encuentro inmerso. Para MacIntyre (como para Aristóteles), el aspecto narrativo, o teleológico, de la reflexión moral está ligado a la adscripción y al formar parte de algo:

«Todos nosotros nos relacionamos con nuestras circunstancias en tanto que portadores de una identidad social concreta. Soy hijo o hija de alguien, primo o tío de alguien más, ciudadano de ésta o aquella ciudad, miembro de éste o aquél gremio o profesión; pertenezco a este clan, esta tribu, esta nación. De ahí que lo que sea bueno para mí deba ser bueno para quien habite esos papeles. Como tal, heredo del pasado de mi familia, mi ciudad, mi tribu, mi nación, una variedad de deberes,

¹⁴⁹ MACINTYRE A., *After Virtue*, University of Notre Dame Press, Estados Unidos, 1984. Cito por la traducción al castellano de Amelia Valcárcel, *Tras la virtud*, con prefacio de Victoria Camps, Austral, Barcelona, 2013, p. 268.

¹⁵⁰ MACINTYRE A., *Tras la virtud*, op. cit., p. 266.

¹⁵¹ MACINTYRE A., *Tras la virtud*, op. cit., p. 266. También, para Sandel, nuestras deliberaciones suponen “una reflexión que tiene lugar dentro de esas historias más vastas de las que mi vida forma parte”. Es más, según esta concepción narrativa, esas identidades no son contingencias que debamos dejar aparte cuando deliberamos sobre la moral y la justicia; son parte de lo que somos, y deben, pues, conformar nuestras responsabilidades morales”, SANDEL M., *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, op. cit., pp. 252 y 255.

herencia, expectativas correctas y obligaciones. Ellas constituyen los datos previos de mi vida, mi punto de partida moral. Confieren en parte a mi vida su propia particularidad moral»¹⁵².

Ahora bien, un rasgo fundamental de un proyecto vital consiste en que, mientras se está desplegando, el individuo no cambia su elección ni desea en su lugar haber elegido un plan distinto. Una persona no puede creer que su plan de vida se basa en un equívoco ni estar revisando continuamente el acierto de su elección, ni pasarse su existencia pensando que su vida hubiera sido mejor de haber elegido otra cosa. De todos modos, si nuestra información es correcta, y completo nuestro conocimiento de las consecuencias más importantes, no debemos sentir pesar por haber elegido un determinado proyecto, aun cuando no fuera el mejor proyecto posible o pudiera haber habido otro mejor. En este caso, podremos lamentar no haber elegido un proyecto superior, pero no maltratarnos por haber seguido el curso de acción que creímos era el correcto y que, al fin y al cabo, era el nuestro, el que elegimos:

«Una persona racional puede lamentar su adhesión a un proyecto subjetivamente racional pero no porque considere, en modo alguno, que su elección es merecedora de crítica. Porque esa persona hace lo que le parece mejor en el momento, y si luego resulta que sus opiniones eran erróneas, a juzgar por las infortunadas consecuencias, la culpa no es suya. No tiene por qué hacerse reproches. No había posibilidad alguna de saber cuál era el mejor proyecto de todos, ni siquiera qué proyecto era mejor que otro u otros»¹⁵³.

En definitiva, «nuestro bien está determinado por el proyecto de vida que adoptaríamos con plena racionalidad deliberativa si el futuro estuviera exactamente previsto y adecuadamente realizado en la imaginación». Cuando el individuo se plantea la pregunta de si una acción es compatible con nuestra idea de bien, la respuesta «depende de la medida en que se ajusta al proyecto que habría que elegir con racionalidad deliberativa»¹⁵⁴.

Durante ese procedimiento de *racionalidad deliberativa* (Rawls) o de escritura de nuestra *narración* vital (Taylor, MacIntyre, Sandel), al ir escrutando nuestros deseos podemos ir reduciendo nuestro campo de elección con el propósito de afinar nuestras preferencias y desechar lo opuesto a ellas. Ese procedimiento deliberativo nos reducirá las elecciones posibles, pero no eliminará por completo el campo de todas ellas. Esto es

¹⁵² MACINTYRE A., *Tras la virtud*, op. cit., p. 271. El propio MacIntyre reconoce que su concepción narrativa puede parecer “extraña e incluso sorprendente desde el punto de vista del individualismo moderno”, p. 271.

¹⁵³ RAWLS J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 383.

¹⁵⁴ RAWLS J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 382.

lo que Rawls llama la pluralidad de concepciones de lo bueno, lo cual a su entender es un hecho inevitable de la vida humana. Los valores «del afecto personal y de la amistad, del trabajo útil y de la cooperación social, de la búsqueda del conocimiento y de la modelación y contemplación de objetos bellos, no sólo son importantes en nuestros proyectos racionales»¹⁵⁵ sino que, de hecho, son reducidos a lo bueno para los individuos, por cuanto equivalen a la satisfacción de planes de vida racionales. Es decir, «no sólo son buenos para quienes los disfrutan, sino que, probablemente, acrecentarán los bienes de los demás. Al conseguir estos objetivos, contribuimos, por los general, a los proyectos racionales de nuestros compañeros»¹⁵⁶.

Estos valores, como la amistad, la búsqueda del conocimiento o la belleza, son vistos como parte integrante de planes racionales de vida en lo que Rawls denomina el *principio aristotélico*¹⁵⁷: «en igualdad de circunstancias, los seres humanos disfrutan con el ejercicio de sus capacidades realizadas (sus facultades innatas o adquiridas), y este disfrute aumenta cuantas más capacidades se realizan, o cuanto mayor es su complejidad»¹⁵⁸. La idea intuitiva muestra que las personas experimentamos mayor agrado cuando realizamos actividades que nos requieren esfuerzos más elevados y sutiles. De dos actividades ante las que mostramos las mismas destrezas e idoneidad para su desarrollo, preferimos aquella más compleja y sofisticada. Probablemente, «las actividades complejas son más agradables porque satisfacen el deseo de variedad y de novedad de experiencia, y permiten actos de ingenio y de invención. Ofrecen también los placeres de la anticipación y de la sorpresa, y, muchas veces, la forma general de la actividad, su desarrollo estructural, es fascinante y de gran belleza»¹⁵⁹.

¹⁵⁵ RAWLS J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 386.

¹⁵⁶ RAWLS J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 386.

¹⁵⁷ Se explica profundamente en RAWLS J., *Teoría de la justicia*, op. cit., pp. 385-392. En cuanto a su denominación aclara el autor: “el nombre *principio aristotélico* me parece adecuado, en vista de lo que Aristóteles dice acerca de las relaciones entre felicidad, actividad y disfrute en la *Ética a Nicómaco*, lib. VII, caps. 11-14, y lib. X, caps. 1-5. Pero como él no establece tal principio explícitamente, y, en el mejor de los casos, sólo algo del mismo se halla implícito, no lo he llamado *principio de Aristóteles*. De todos modos, Aristóteles afirma, ciertamente, dos puntos que se encierran en el principio: 1) que el disfrute y el placer no siempre son, en modo alguno, el resultado de volver a un estado saludable o normal, o de superar deficiencias; más bien, muchas formas de placer y disfrute surgen cuando ejercemos nuestras facultades; y 2) que el ejercicio de nuestras potencias naturales constituye un bien humano muy importante. Además, 3) la idea de que las actividades más agradables y los placeres más deseables y duraderos surgen del ejercicio de habilidades mayores, que implican disposiciones más complejas, no sólo es compatible con la concepción de Aristóteles del orden natural, sino que algo parecido conforma, generalmente, los juicios de valor que hace, aun cuando no exprese sus razones”, p. 386.

¹⁵⁸ RAWLS J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 386.

¹⁵⁹ RAWLS J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 387.

Además el individuo disfruta cuando muestra en público la habilidad lograda en cierta faceta. El afán de reconocimiento también es un componente esencial para calificar un plan de vida como exitoso: «el talento y la excelencia también atraen el reconocimiento, la admiración y la gratitud, y tales respuestas se cuentan entre las recompensas naturales de la vida humana»¹⁶⁰. Un proyecto nos agrada cuando no sólo a nosotros nos satisface sino también cuando otros (o al menos a los que afectivamente nos importan) lo estiman como tal. Sentimos mayor deleite con una exhibición que es aplaudida y provoca asombro en la cara de los demás. De ahí que una vida buena vaya «marcada por una aureola de fama y gloria que presta, o al menos señala, a quienes triunfan en ella con brillantez. Estar en la vida pública o ser un guerrero es ser, por lo menos, candidato a la fama. Estar dispuesto a poner en peligro la tranquilidad, la riqueza, incluso la propia vida, en aras de la gloria es la marca de un verdadero hombre»¹⁶¹.

Este principio aristotélico es un motivo para la acción, «explica por qué preferimos hacer unas cosas y no otras»¹⁶². El paso del tiempo hace modificar el patrón de nuestros deseos y adiestra nuestras capacidades. Nuestras vidas están en continuo cambio y «la cuestión de nuestra condición jamás se agota en lo que *somos* porque siempre estamos cambiando y *deviniendo* (...). Lo verdaderamente importante no es sólo dónde *estamos*, sino hacia dónde *vamos*»¹⁶³. Así, una persona, llegado el momento, irá optando progresivamente por actividades cada vez más complejas. Las cosas más simples «de las que antes disfrutaba ya no son suficientemente interesantes ni atractivas»¹⁶⁴.

Un plan de vida que revela su falta de sofisticación y complejidad aristotélica hace decaer nuestros deseos en perseguirlo, aminorando la propia estima que la persona siente y cuestionando el déficit de su propia valía para alcanzar un plan vital mejor. Como bien dice Allan Bloom, un hombre cuyas más nobles actividades van acompañadas por «un placer que se extiende desde lo más bajamente corporal hasta lo más elevadamente espiritual, es un hombre total y no hay en él ninguna tensión entre lo agradable y lo bueno. Por el contrario, un hombre cuya vida profesional es prosaica y su ocio está formado por

¹⁶⁰ NAGEL T., *Equality and Partiality*, Oxford University Press, Nueva York-Oxford, 1991. Cito por la traducción castellana de José Francisco Álvarez, *Igualdad y parcialidad. Bases éticas de la teoría política*, Paidós, Barcelona, 1996, p. 118.

¹⁶¹ TAYLOR C., *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*, op. cit., p. 35.

¹⁶² RAWLS J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 387.

¹⁶³ TAYLOR C., *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*, op. cit., p. 63.

¹⁶⁴ RAWLS J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 388.

diversiones burdas, está dividido y cada parte de su existencia está socavada por la otra»¹⁶⁵.

Cuando los individuos se afligen porque «sus vidas carecen de significado -apunta MacIntyre-, a menudo y quizá típicamente lamentan que la narración de su vida se ha vuelto ininteligible para ellos, que carece de cualquier meta, de cualquier movimiento hacia un clímax o un *telos*»¹⁶⁶. Por eso, «el proyecto de vida de un individuo carecerá para él de un cierto atractivo -dirá Rawls- si no consigue estimular sus facultades naturales hasta un punto interesante. Cuando las actividades no logran satisfacer el principio aristotélico, probablemente parecerán estúpidas e insulsas, y no nos darán ningún sentimiento de aptitud, ni la convicción de que valen la pena de ser realizadas. Una persona tiende a confiar más en su valor cuando sus facultades se realizan plenamente y se organizan con una complejidad y un refinamiento adecuados»¹⁶⁷.

Incluso un comunitarista como Taylor llega a reconocer que uno de los principios básicos de este liberalismo es que «una sociedad liberal debe ser neutral en cuestiones que atañen a lo que constituye la vida buena. La vida buena es aquello que cada individuo busca a su manera, y un gobierno faltaría a la imparcialidad, y por tanto al respeto equitativo a los ciudadanos, si tomara partido en esta cuestión»¹⁶⁸. Hay cosas de nuestra vida que nos importan personalmente sobre las que no se nos puede exigir que nos mostremos indiferentes: «algunas de las cosas más importantes tienen que ser consideradas como importantes sin más» e incluso, para Nagel, reconocer que estas cosas buenas en sí mismas pueden existir y detectarse es «una posición en la que se puede dar la coincidencia entre personas razonables, aunque no concuerden en qué sean esas cosas»¹⁶⁹. Por ello el liberalismo, en vez de negar la posibilidad de que existan estas cosas importantes, para que no se le tache de falta de su alardeada neutralidad, parece tener un camino más viable y promisorio fomentado ciudadanos libres capaces de encontrar razones para perseguir un fin último y, a la postre, alcanzarlo con preferencia sobre otro. Si detrás de los fines no hay razones últimas, los intereses y deseos aparecen como meros impulsos o caprichos, sin pretensión válida alguna para ser satisfechos.

¹⁶⁵ BLOOM A., *El Cierre de la Mente Moderna*, op. cit., p. 74.

¹⁶⁶ MACINTYRE A., *Tras la virtud*, op. cit., p. 268.

¹⁶⁷ RAWLS J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 399.

¹⁶⁸ TAYLOR C., *La ética de la autenticidad*, op. cit., p. 53.

¹⁶⁹ NAGEL T., *Igualdad y parcialidad. Bases éticas de la teoría política*, op. cit., pp. 18 y 139.

2. PRINCIPIO DE AUTONOMÍA Y PLAN DE VIDA.

El problema reside en que admitir que puedan existir razones últimas que hagan valioso perseguir un determinado proyecto vital se hace difícil de compatibilizar con el tipo de libertad que defiende el liberalismo para elegir planes de vida. Si existen dichas razones verdaderas, ¿por qué no imponerlas para todos? Así nadie errará en la elección ya que «cualquiera que tenga una convicción particular sobre qué es el bien para los seres humanos tenderá de manera natural a tratar de tener el poder del Estado de su parte, no sólo por su propio interés sino por su preocupación por los demás»¹⁷⁰. La respuesta se puede abordar desde dos diferentes posturas: o bien desde el embate del perfeccionismo (lo veremos) o bien desde el principio de autonomía (del que nos ocuparemos en esta sección). La libre elección de concepciones de lo bueno es valiosa porque es presupuesto indiscutible de este principio de autonomía dejar a nuestro interlocutor elegir libremente una concepción de lo bueno en base precisamente a cualquiera de esas razones, con exclusión de la coerción que anulara alguna de ellas y de la persuasión que impusiera como última y verdadera una entre todas.

Además, como también veremos, las concepciones de lo bueno implican, para ser satisfactoriamente realizadas, una actitud espontánea de adhesión. Esta circunstancia excluye el engaño, el dogmatismo autoritario o la fuerza. Excluidos estos condicionantes ajenos al individuo, sólo queda considerar su propia autonomía como el aspecto esencial de una concepción plausible de lo bueno.

La admisión de que las concepciones de lo bueno pueden ser verdaderas o falsas no significa, puntualiza Nagel, que el conocimiento de esa verdad pueda alcanzar el grado requerido de objetividad como para justificar su imposición por la fuerza a otras personas. En efecto, cosas como la amistad o el conocimiento, no parecen ser valiosas si no figuran como elementos integrantes de un plan de vida. Pensar que los individuos pueden errar al estimar los beneficios de estos valores es lo que hacemos cuando nos negamos a comprometernos con una visión relativista de concepciones de lo bueno. O, dicho en otras palabras, cuando criticamos la ceguera de las personas que no asumen estos ideales en su plan de vida estamos en realidad adoptando una visión perfeccionista de lo bueno y, consecuentemente, intolerante.

¹⁷⁰ NAGEL T., *Igualdad y parcialidad. Bases éticas de la teoría política*, op. cit., p. 158.

Nagel planteó la siguiente paradoja: el liberalismo pide a sus ciudadanos que acepten ciertas restricciones a la hora de pedir la fuerza del Estado para apoyar algunas de sus convicciones más profundas contra quienes no las acepten y, a la par, defiende que el ejercicio legítimo del poder político debe justificarse sobre unas bases más restringidas. Pero no está claro por qué esta forma restringida de justificación debería ser la norma general de legitimidad política. Veamos el argumento contrario: ¿por qué debo preocuparme de que otros con quienes mantengo un desacuerdo analicen las bases sobre las que se ejerce el poder del Estado? ¿Por qué no debería despreocuparme de su rechazo si se apoya en valores culturales o morales que pienso que son equivocados? ¿No seré demasiado imparcial al dar excesiva autoridad a quienes sostienen valores que entran en conflicto con los míos? Cuando se trata de decidir cómo el poder del Estado se podría utilizar legítimamente, quizás no podamos más que partir de los valores que nosotros mismos aceptamos. Hacer abstracción de ellos y desprendernos de ellos hasta tal punto de otorgar en demasía valor a otros con los que estamos en conflicto parece conducirnos a un callejón sin salida¹⁷¹.

Kymlicka, desde un comunitarismo de corte liberal, distanciado de MacIntyre, Taylor o Sandel y más cercano a Rawls o Dworkin, también se ha referido a esta paradoja desde su teoría del multiculturalismo. Para el filósofo canadiense «los principios básicos del liberalismo son principios de libertad individual. Los liberales únicamente pueden reconocer los derechos que sean consistentes con el respeto a la libertad o autonomía de los individuos»¹⁷². Sobre el valor de la autonomía individual los liberales no son neutrales en lo más mínimo; al revés, están firmemente convencidos del peso que tiene la libertad para el desarrollo humano. La mayoría de las veces no habrá problemas con el reconocimiento de esos derechos, pero también nos encontraremos con sociedades que «son profundamente iliberales y más bien procuran eliminar, en vez de apoyar, la libertad de sus miembros»¹⁷³. En estas circunstancias se pueden desencadenar flagrantes violaciones a las libertades más básicas de los individuos.

La estrategia del liberalismo debe ser, entonces, hacer compatible la pluralidad de concepciones de lo bueno (aun enfrentadas) con una visión no relativista, es decir: poder

¹⁷¹ NAGEL T., *Igualdad y parcialidad. Bases éticas de la teoría política*, op. cit., p. 160.

¹⁷² KYMLICKA W., *Multicultural citizenship. A liberal theory of minority rights*, Clarendon Press, Oxford, 1995. Cito por la traducción castellana de Carme Castells Auleda, *Ciudadanía Multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Paidós, Barcelona, 1996, p. 111.

¹⁷³ KYMLICKA W., *Ciudadanía Multicultural*, op. cit., p. 111.

señalar que no cualquier concepción de lo bueno es correcta sin caer en una preferencia perfeccionista por alguna de ellas. Rawls y Nagel emprendieron este desafío y Joseph Raz elaboró la propuesta más acabada (de este último nos ocuparemos más detenidamente en el apartado “Perfeccionismo” del capítulo sobre “El moralismo legal y sus acompañantes”). El punto común a todos ellos, aunque con matices significativos que deberemos añadir y que no se deben soslayar, es que cualquier idea de imparcialidad, de objetividad o neutralidad entre concepciones de lo bueno en la justificación de la acción estatal debe asumir cierta restricción a lo que se entiende por “concepción de lo bueno”. Dicho de otro modo, esa idea misma constituye un aspecto crucial de un modelo de sociedad hacia el cual el Estado liberal no podrá ser en absoluto neutral.

Naturalmente, si la tolerancia de diferentes concepciones de lo bueno, aunque algunas de ellas podamos compartir y otras no, está basada, como decimos, en el principio de autonomía, este mismo principio no puede ser meramente otra concepción más de lo bueno, sino que está actuando como un metaprincipio que nos permite escoger entre todas las concepciones de lo bueno posibles¹⁷⁴. Un individuo puede elegir entre una u otra concepción de lo bueno. Pero no puede elegir entre autonomía o no-autonomía. Porque es precisamente la autonomía la que le faculta a elegir entre las concepciones de lo bueno. Por eso la autonomía debe situarse en un escalón superior (meta) desde donde poder elegir todas las opciones que ella ampara. La autonomía no es una concepción de lo bueno más entre todas las posibles, sino el presupuesto habilitante que nos permite escoger entre el más amplio abanico de todas ellas. Como bien nos recuerda José Luís Colomer:

«La autonomía personal debe ser considerada como un valor de la vida del individuo diferente de aquellos otros a los que precisamente englobamos en la idea de «concepción del bien». La diferencia se halla en el carácter “abstracto” o “formal” del primero, y así en su posición “de

¹⁷⁴ El profesor Pérez Bermejo se ha referido a este ideal regulativo, que ensalza el principio moral de la autonomía, como una concepción del bien procedimental o de segundo grado: “El derecho debe orientarse a la autodeterminación y autorrealización de los individuos, de modo que permita y facilite la libre elección de los diferentes planes de vida o concepciones del bien con los que decidan orientar sus vidas (...). Es cierto que no selecciona una concepción del bien material, porque no prejuzga cuál es el mejor modo de vida o el conjunto de doctrinas o creencias que debemos observar; sin embargo, exige una concepción del bien procedimental o de segundo grado, porque nos dice cuál es el origen moralmente válido de las concepciones del bien que debemos observar: serán moralmente válidas únicamente las concepciones que hayan surgido de nuestra elección autónoma o de las instancias a las que hayamos delegado autónomamente dicha elección”. PÉREZ BERMEJO J.M., “Autonomía y desconfianza en ‘El imperio de la ley’ del profesor Laporta”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, ed. especial: homenaje a Francisco Laporta y Liborio Hierro, Universidad de Alicante, 2017, p. 200.

segundo nivel”, en el sentido de que, lejos de identificar el contenido del bien, es compatible con cualquier concepción del bien, siempre que se haya llegado a ella autónomamente»¹⁷⁵.

La misma posición fue antes defendida por Santiago Nino cuando abogaba por considerar la autonomía, no «como una propiedad de algunos planes de vida», sino como la «capacidad para elegir entre la más amplia variedad de planes de vida»¹⁷⁶. Pero sacralizar de este modo la autonomía, situándola por encima del resto de concepciones de lo bueno, por ser ella misma la que nos faculta para elegir un plan de vida u otro, nos hace correr el riesgo de caer en un perfeccionismo de la autonomía, del que tendremos ocasión de pronunciarnos (véase, en el apartado “Perfeccionismo”, el epígrafe “Liberalismo y autonomía: imparcialidad, neutralidad y la viabilidad de un perfeccionismo de la autonomía”).

2.1. El enfoque objetivo versus enfoque subjetivo acerca de las concepciones de lo bueno.

El liberalismo parece estar comprometido con una concepción subjetiva del bien. Podríamos estar de acuerdo en que la autonomía personal sólo estaría garantizada si dejamos que cada individuo decida, subjetivamente y por sí mismo, lo que dota de valor a su vida. Es decir, el respeto al principio de autonomía implica que la búsqueda individual del bien se realice sin la interferencia del Estado o de otros individuos. Si lo que es bueno para los individuos fuera algo objetivamente determinable ello parecería estar proveyéndonos de razones para imponérselo a los individuos independientemente de sus decisiones y preferencias.

Esta subjetividad del bien ha estado tradicionalmente asociada con una visión hedonista, según la cual lo que constituye el bien es el placer y la ausencia de dolor. Aunque, en puridad, el hedonismo adopta también un enfoque objetivo en cuanto que asume el placer como algo objetivamente bueno independientemente de las preferencias de los individuos. La subjetividad a la que se refiere el hedonismo hace alusión, más bien,

¹⁷⁵ COLOMER J.L., *Autonomía y gobierno. Sobre la posibilidad de un perfeccionismo liberal*, op. cit., p. 261. En el mismo sentido, véase BARRY B., *La justicia como imparcialidad*, trad. de J.P. Tosau Abadía, Paidós, Barcelona, 1997, pp. 183-189; y, también, MULHALL S. y SWIFT A., *Liberals and Communitarians*, Blackwell, Reino Unido, 1992. Cito por la traducción al castellano de Enrique López Castellón, *El individuo frente a la comunidad*, Temas de Hoy, Madrid, 1996, p. 335.

¹⁷⁶ NINO C.S., *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Astrea, Buenos Aires, 2ª ed. 1989, 4ª reimpr. 2017, p. 210.

a que el placer o el dolor dependen obviamente de la estructura psicológica de cada individuo. Y esa búsqueda de los placeres que integren nuestro plan de vida es algo totalmente subjetivo. Lo que causa placer en cada uno y, por tanto, lo desea integrar en su plan de vida, es una decisión dependiente de nuestra psique.

En este sentido, «la ética aristotélica es una ética hedonista», en tanto que «buscar el bien, perseguir el propio fin, equivale a buscar la felicidad»¹⁷⁷. De ello ya hemos dicho algo en las primeras páginas de este capítulo (aunque no con el rigor y la extensión que merecería el estudio de la εὐδαιμονία aristotélica, pero para el objeto aquí pretendido creo que son suficientes las referencias ya hechas). Sí me interesa en cambio, aunque también sin ánimo exhaustivo, indagar como converge en Platón este hedonismo que entronca con la idea de placer que aquí resaltamos. Que Platón sea un hedonista que asocie la felicidad con el placer es una tesis constantemente puesta en duda¹⁷⁸. Pero el tratamiento que hace del bien, en el Protágoras, identificándolo con el placer, pese a su ambigüedad¹⁷⁹, me es muy útil para ver cómo funciona un enfoque subjetivo (una visión hedonista) sobre una concepción de lo bueno. Pero dejemos mejor que dialoguen Sócrates y Protágoras:

«-¿Te parece que un hombre vive bien, si vive apenado y dolorido?

¹⁷⁷ CAMPS V., *Breve historia de la ética*, op. cit., p. 57. Que la ética de Aristóteles sea hedonista no quiere decir que sea necesariamente una ética de los placeres. Es hedonista en tanto que se preocupa e interroga sobre la felicidad. Pero Aristóteles pronto descarta la equivalencia entre placer y felicidad. El placer es una exigencia de la felicidad que “Aristóteles considera con inmensa seriedad, pero que finalmente rechaza”. Si bien “Aristóteles señala el hecho de que todos buscan el placer como una evidencia de que es bueno”, los placeres son sólo “una guía útil. Así como pueden corrompernos al distraernos de los hábitos de la virtud, también podemos emplearlos para inculcar las virtudes. Para Aristóteles, una señal del hombre virtuoso es su sentimiento de placer ante la actividad virtuosa y otra es su manera de elegir entre los placeres y los dolores”, MACINTYRE A., *Historia de la ética*, op. cit., pp. 76, 77 y 93. También para Sandel, en la teoría aristotélica “no es un bien el maximizar el placer, sino realizar nuestra naturaleza y desarrollar nuestras capacidades humanas distintivas”; la vida moral aristotélica “tiene como meta la felicidad, pero por *felicidad* Aristóteles no entiende lo mismo que los utilitaristas, es decir, maximizar el excedente de placer con respecto al dolor. La persona virtuosa es alguien que disfruta y sufre con las cosas debidas (...). La excelencia moral no consiste en sumar placeres y penas sino en disponer esos afectos de modo que nos deleitemos con cosas nobles y suframos con las despreciables”, SANDEL M., *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, op. cit., pp. 223 y 246. En sentido similar Rodolfo Mondolfo, al hablar de Aristóteles, afirma que “el placer no es de por sí el sumo bien, sino sólo un acabamiento que perfecciona la actividad, como la flor de la belleza que complementa la juventud. Por eso la felicidad del hombre se halla en la realización de su potencia característica más alta, que es la intelectual”, MONDOLFO R., *Breve historia del pensamiento antiguo*, cap. IV: Aristóteles y el sistema del desarrollo, Losada, Buenos Aires, 2ª ed. 2003, p. 54.

¹⁷⁸ Un punto debatido ha sido el de si este hedonismo sería asumido por el propio Sócrates o si por el contrario, sólo se trataría de un simple juego retórico que trata de derrotar al adversario con sus propias premisas y poner así en evidencia la pobreza de las concepciones morales de los sofistas. Ver, al respecto, los trabajos ya clásicos de GUTHRIE W.K.C., *Historia de la filosofía griega*, 6 vols. (vol. IV y V dedicados a Platón), Gredos, Madrid, 1984-1994 y JAEGER W., *Paideia. Los ideales de la cultura griega*, trad. J. Xirau y W. Roces, Fondo de Cultura Económica, México, 1957.

¹⁷⁹ Platón critica la tesis hedonista, en cambio, en otros lugares: en *Gorgias* 495a-500a, *República* 505b-c y en *Filebo* 13a-c, 20c-21d.

-No –dijo.

-En cambio, si concluye su existencia tras vivir agradablemente, ¿no te parece entonces que ha vivido bien?

-A mí, sí.

-El vivir placenteramente, entonces, es bueno, y el vivir a disgusto, malo.

-Siempre que vivas gozando de las cosas buenas –dijo.

-¿Qué pasa, Protágoras? ¿No coincidirías tú con la gente que llama malas a algunas cosas agradables y buenas, a algunas desagradables? Yo, desde luego, pregunto si, en la medida en que las cosas son agradables, acaso a ese respecto no serán también buenas. Y también a la inversa, las desagradables, en la medida en que son desagradables, serán malas

-No sé, Sócrates –dijo (...).

-¿No llamas placenteras a las que participan del placer o causan placer? –pregunté.

-Sí –dijo.

-Me refiero entonces a eso, si no son buenas en cuanto que son placenteras, como si preguntara si el placer en sí mismo no es un bien»¹⁸⁰.

En palabras de Jaeger, «Sócrates se propone demostrar al sofista que precisamente partiendo de la premisa de considerar acertada la opinión vulgar según la cual lo bueno es sencillamente lo agradable, es como resulta más fácil demostrar la tesis socrática de la importancia fundamental que tiene el saber para trazar una conducta certera, tesis que tan extraña le parece al sentido común. Sólo se tratará, en efecto, de elegir siempre el mayor placer en vez del menor y de no incurrir en errores de cálculo, considerando el placer más cercano como el mayor»¹⁸¹. En efecto, la argumentación de Sócrates se apoya en la idea de que no es un bien aquello que, aunque produzca un placer momentáneo, impide la consecución de placeres mayores, y sí, por contra, aquello que, aunque momentáneamente no produzca placer, permite gozar a largo plazo de placeres más importantes.

Pese a lo evidente que parece ser esta concepción hedonista, en la que la búsqueda del bien equivale a la satisfacción del placer (¿quién no desea el placer?), la mayoría de

¹⁸⁰ PLATÓN, *Protágoras*, 351a-c, pról. y trad. Carlos García Gual, estud. introd. Antonio Alegre Gorri, Gredos, Madrid, 2010, p. 288. En esta misma edición y a este respecto, anota al pie García Gual: “Protágoras, con esta referencia a las cosas que son *kalá*, bellas y buenas, intenta introducir una distinción de base moral, entre los diversos placeres. Pero Sócrates se apresura a rechazar tal intento. La afirmación de que el bien se identifica con el placer, sin más precisiones, resulta un tanto ambigua”, p. 288.

¹⁸¹ JAEGER W., *Paideia*, op. cit., p. 530.

autores liberales pronto la abandonaron por ser demasiado restringida: podríamos encontrar bienes valiosos para un plan de vida que no fueran, precisamente, placenteros. Es decir, hay otras cosas buenas en la vida además del placer, por lo que el concepto de placer no cubre, por sí solo, la idea de bien. Aun cuando, si siguiéramos a J.S. Mill, admitiéramos que hay unos placeres más elevados que otros, además de los placeres sensuales, la equivalencia entre placer y bien no siempre se cumpliría. El placer y la ausencia de dolor son, en todo caso, sólo parte del bien, pero no el bien en sí.

Con el propósito de ampliar la definición de esa idea de bien, para abarcar más allá del puro placer, el liberalismo abrazó en general la tesis de que el bien debe estar conformado por la satisfacción de preferencias subjetivas, cualquiera que ellas sean. En efecto, no parece discutible que satisfacer los deseos de los individuos es *prima facie* algo valioso y respetuoso con su autonomía. Como Rawls hace ver, de lo que se trata es de la materialización de planes de vida y éstos no son más que preferencias sistematizadas, informadas, consentidas y de largo plazo. Un proyecto racional no es más que una «pauta detallada para la acción que se extiende a lo largo de toda la vida»¹⁸². Proyectar es, para Rawls, «programar. Tratamos de organizar nuestras actividades en una sucesión temporal, en la que cada una se mantiene durante un cierto tiempo. De este modo, una serie de deseos interrelacionados puede satisfacerse de manera eficiente y armoniosa». Se trata de encontrar «el proyecto que mejor organice nuestras actividades», eliminando de él «los deseos que tienden a entorpecer la consecución de otros fines, o que socavan la capacidad de realización de otras actividades; en cambio, se estimulan los que son agradables en sí mismos y colaboran, además, al logro de otros objetivos»¹⁸³. Esto significa que «podemos elegir ahora qué deseos habremos de tener en un tiempo futuro», es decir, «elegimos entre deseos futuros a la luz de nuestros deseos presentes»¹⁸⁴.

Un primer ataque que hay que rebatir, proveniente principalmente de las filas del comunitarismo, es la acusación de vacío subjetivismo endosada a este enfoque del liberalismo. Taylor encuentra que «la normal comprensión de la autorrealización presupone que algunas cosas son importantes más allá del yo, que existen algunos bienes y afanes cuyo fomento tiene significación y que, por consiguiente, pueden aportar la significación que requiere una vida plena. Un subjetivismo total y plenamente consciente

¹⁸² RAWLS J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 372.

¹⁸³ RAWLS J., *Teoría de la justicia*, op. cit., pp. 372 y 373.

¹⁸⁴ RAWLS J., *Teoría de la justicia*, op. cit., pp. 376 y 377.

tendería hacia la vacuidad: nada contaría como realización en un mundo en que literalmente nada fuera importante»¹⁸⁵.

Hay que aclarar que esta concepción del bien propuesta a grandes rasgos por el liberalismo tampoco es estrictamente subjetiva, ya que el valor de la satisfacción de las preferencias se asume como algo objetivo. Claro está que las preferencias cuya satisfacción se asume como objetivamente valiosas sí son subjetivas. Las preferencias son subjetivas, pero el valor de satisfacerlas es objetivo para el liberalismo: satisfacer las preferencias subjetivas de los individuos es algo bueno en sí mismo.

Nos podríamos preguntar cuál es la viabilidad de una concepción del bien basada en la satisfacción de estas preferencias subjetivas. Ante todo deberíamos descartar, de entrada, la posible confusión de dichas preferencias con el placer. Es verdad que algunas preferencias están dirigidas a obtener placer o a hacer cesar un dolor o incomodidad. Pero ello es algo contingente: habrá preferencias que no tengan como objeto provocar placer ni paliar dolor.

Una vez descartada esta asociación espuria con el placer, para que sea plausible esta concepción del bien el liberalismo necesita deshacerse o responder a una confusión entre el enfoque interno y el externo de las preferencias. Porque si le preguntamos a cualquier individuo si es valioso satisfacer sus preferencias la respuesta será indudablemente afirmativa. Pero quizás no sea tan evidente para el resto de agentes. Sobre todo, cuando la satisfacción de preferencias del primero supone un gasto de recursos, una merma o sacrificio para las preferencias de los segundos.

Pero esto conlleva, como dice Joseph Raz, tener que ir a descubrir la intensidad con que el individuo desea algo. Para poder satisfacerlo sin malgastar recursos en algo trivial, primero habrá que determinar que la preferencia del agente sea valiosa. Si el individuo descubriera que su preferencia no era realmente tan valiosa como creía, dejaría de desearla. Es más, nadie querría que su preferencia fuera satisfecha si su creencia de que ese algo era valioso estaba infundada:

«Los agentes no querrán que sus deseos sean satisfechos si encuentran que la razón en que esos deseos se basaban era infundada (...). Se dejará de desear algo cuando uno encuentre que la

¹⁸⁵ TAYLOR C., *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*, op. cit., p. 529.

creencia que lo soportaba era errónea. El deseo no es una razón; es simplemente un respaldo a una razón que es independiente de ella. No querré tener lo que deseo si tenerlo no me traerá placer»¹⁸⁶.

Esto implica que para satisfacer las preferencias de un individuo debemos tener en cuenta, no el hecho de que tengan tales deseos, porque siempre la primera respuesta va a ser querer satisfacerlos de inmediato, sino la validez de las razones que los determinan: ¿podría ser valioso algo que simplemente diera libertad para satisfacer meros caprichos?, ¿cómo serían los deseos o preferencias si se los desvincula de las razones en que se apoyan?

Si no prestáramos la suficiente atención a este aspecto interno de las preferencias, el valor de la autonomía parecería quedar cancelado. Lo valioso de una preferencia es que sea realmente querida por el individuo que la mantiene. Es decir, la intensidad con que desea satisfacerla es el fruto del ejercicio de su autonomía. Este aspecto interno de la preferencia atiende, esencialmente, al respeto por la autonomía del individuo que así ha forjado su preferencia con tanta intensidad.

Pero razonando de modo contrario también nos encontramos con algo parecido. Si se tiene en cuenta el aspecto interno de las preferencias y se las satisface sólo en la medida de la validez de las razones en que ellas se apoyan, también parece peligrar la autonomía. Ya que una preferencia será valiosa sólo si se soporta sobre esas razones válidas. Tendríamos motivos suficientes para satisfacer sólo las preferencias que se fundan en dichas razones valiosas. Entonces, ¿por qué no imponer las mejores razones para todos? Ya que «si alguien está deseando organizar su propia vida según su particular concepción, y está convencido de que la alternativa es una catástrofe, le puede resultar difícil resistir a la tentación de imponer su opinión sobre los demás, quienes comprensible pero erróneamente no la aceptan»¹⁸⁷.

Pero esta conclusión apresurada no se sigue necesariamente, sin embargo, si asumimos que la autonomía es un valor objetivo que forma parte de cualquier concepción válida del bien. Esto es, si la autonomía es una parte esencial del bien, lo que dota de valor a una vida sólo es realizable por la acción del titular de cada vida. No cabe alcanzar ese bien por la imposición de terceros. Si lo que dota de valor a una vida fuera impuesto

¹⁸⁶ RAZ J., *The Morality of Freedom*, op. cit., p. 141.

¹⁸⁷ NAGEL T., *Igualdad y parcialidad. Bases éticas de la teoría política*, op. cit., p. 169.

por otros, el valor de la autonomía queda cancelado e incapacitado para servir a una concepción liberal respetuosa con el ser humano.

El liberalismo no adopta un enfoque subjetivo acerca del bienestar de los individuos en tanto que parte del valor de la autonomía personal como algo valioso por sí mismo. Y este valor autonomía no es, para nada, algo subjetivo para el liberalismo. Dicho valor es independiente de las preferencias que los individuos pudieran mostrar y se estima como un valor objetivo por posibilitar, precisamente, el resto de elecciones subjetivas.

Para Santiago Nino hay dos parámetros que pueden ayudar a explicar el carácter objetivo de los planes de vida caracterizados por el liberalismo: «Primero, con qué frecuencia suele aparecer el bien en cuestión como componente necesario de los planes de vida que la gente suele elegir»; por ejemplo, mientras que la salud es necesaria para casi todos los proyectos individuales, el acceso a la música clásica es sólo relevante para algunos planes de vida. «Segundo, qué grado de necesidad o relevancia tiene el bien en cuestión respecto de la elección y materialización de algunos planes de vida»¹⁸⁸; por ejemplo, mientras que el acceso a la música clásica es indispensable para el proyecto de vida de un pianista, en cambio, privar del acceso a conciertos de música clásica a un amante del heavy metal no resultará frustrante para su plan de vida. Volveremos sobre estos dos parámetros en el siguiente epígrafe.

Thomas Nagel realizó un notable esfuerzo por mostrar lo adecuado que puede resultar un punto de vista impersonal desde el que situarnos para valorar las preferencias de otros. El punto de vista impersonal implica «separarnos de nuestra posición particular en el mundo y pensar simplemente en todas las personas sin seleccionar como ‘yo’ al único que le ocurre algo determinado». Este procedimiento de abstracción nos coloca en un punto de vista que, si bien desenfoca o no pone la atención en el quiénes somos, hace que apreciemos en su plenitud el «valor de la vida de cada persona y de su bienestar. Nos debemos poner en el lugar exacto ocupado por cada persona y tomar como guía preliminar para considerar el valor que asignamos a lo que le ocurre, precisamente el valor que sus problemas tienen desde su propio punto de vista. De esta manera, se le asigna una importancia muy grande al bienestar de cada persona». La actitud impersonal no es más que «colocarse en el lugar del otro», lo que tiene una indudable inspiración kantiana¹⁸⁹:

¹⁸⁸ NINO C.S., *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, op. cit., p. 215.

¹⁸⁹ NAGEL T., *Igualdad y parcialidad. Bases éticas de la teoría política*, op. cit., pp. 17, 70 y 74.

«La forma general del razonamiento moral es ponerse uno mismo en los zapatos del otro. Esto conduce a la aceptación de un interés impersonal en ellos que corresponde al interés impersonal por uno mismo que se necesita para evitar una incongruencia radical entre las actitudes de uno desde el punto de vista personal e impersonal, es decir, desde el interior y exterior de nuestra vida. Sin embargo, persisten ciertas diferencias importantes, pues los intereses personales continúan estando en relación con nosotros y con nuestra vida: no son remplazados o absorbidos por los intereses impersonales que les corresponden. Por lo común, también nos interesan de manera personal los intereses de otros con quienes guardamos relaciones estrechas. Pero derivamos razones morales formando además un interés impersonal paralelo que corresponde a los intereses de todos los otros individuos»¹⁹⁰.

Este proceso se aplica por separado a cada individuo y da lugar a un conjunto de intereses que corresponden a las vidas individuales. Con ello quiere significar Nagel que nuestros intereses, por proceder de individuos separados, no pueden entrar en una gran tolva junto con todos los demás y ser considerados como un agregado unitario. Dicho interés impersonal se deriva de una generalización necesaria, pero que preserva la forma individualista de cada interés. Por esta razón, el interés impersonal que surge está fragmentado:

«Abarca un interés separado para cada persona, y se realiza viendo al mundo separada e individualmente desde el punto de vista de cada persona, más bien que viéndolo desde un único punto de vista general. Debemos dividirnos en nuestra imaginación para convertirnos en todas las personas del mundo, más bien que para convertirnos en un conglomerado de ellas»¹⁹¹.

Podemos apreciar la fuerza de las razones impersonales, según Nagel, cuando «nos distanciamos de nuestra situación personal y de nuestras relaciones especiales con otros», es decir, «cuando nuestro distanciamiento toma la forma de adopción de un punto de vista general que abarca dentro de sí la manera de ver el mundo de todos». Esta perspectiva es obviamente muy distinta al punto de vista puramente personal, en el que lo que determina la decisión de un individuo son sus obligaciones especiales con su familia y amigos. Las diferencias entre ambos tipos de razones (personales e impersonales) refleja la complejidad del ser humano y, al fin y al cabo, la imposibilidad de ofrecer sobre un desacuerdo un punto de vista único y completo. Nuestra decisión está *fragmentada*, cómo lo están los valores en juego. Los dos tipos de razones son inescindibles, y además inconmensurables, inabarcables ya que «provienen de dos puntos

¹⁹⁰ NAGEL T., *Mortal Questions*, Cambridge University Press, New York, 1979. Cito por la traducción castellana de Héctor Islas Azaïs, *Ensayos sobre la vida humana*, Fondo de Cultura Económica, México, 2ª ed. 2000, p. 213.

¹⁹¹ NAGEL T., *Ensayos sobre la vida humana*, op. cit., p. 214.

de vista diferentes, ambos importantes pero fundamentalmente irreducibles a una base común»; y la diferente naturaleza de las fuentes de las que proceden «descarta cierta clase de solución para los conflictos»¹⁹².

Thomas Scanlon, por su parte, defendió lo que parece ser un similar punto de vista objetivo en la apreciación del bienestar de cada individuo. Mientras que el criterio subjetivo implicaría valorar el bienestar únicamente atendiendo a los gustos e intereses del agente, para el enfoque objetivo lo relevante es evaluar la importancia de tales gustos e intereses y no la fuerza con que aparecen dichas preferencias subjetivas en el individuo:

«Por un criterio subjetivo voy a entender un criterio según el cual el nivel de bienestar disfrutado por una persona debe ser estimado desde el punto de vista de los gustos de esa persona y sus intereses. El Utilitarismo hedonista se basa en un criterio que es subjetivo en este sentido (...).

Con un criterio objetivo me refiero a un criterio que proporciona una base para la evaluación del nivel de bienestar de una persona que es independiente de los gustos de esa persona y de sus intereses, lo que permite la posibilidad de hacer evaluaciones que aspiraran a ser correctas aunque encontráramos conflictos entre las preferencias de la persona en cuestión, es decir, nos permite valorar las preferencias no sólo como el individuo cree que son, sino cómo serían si fuera coherente, detectara errores de hecho, etcétera»¹⁹³.

Scanlon sostiene que cualquier principio para evaluar el bienestar de los individuos debe utilizar algún criterio objetivo de interés, necesidad o apremio distinto de la mera preferencia subjetiva con el fin de evitar consecuencias inaceptables. Aunque el objetivo fuera maximizar el nivel de bienestar de todas las personas, es necesario escoger una sola medida de ese nivel de bienestar con el que poder medir a todo el mundo, y la pura preferencia no es una buena medida:

«El hecho de que alguien esté dispuesto a renunciar a una dieta decente con el fin de construir un monumento para su dios no significa que su petición de ayuda a los otros para llevar a cabo su proyecto tenga la misma fuerza que una petición de ayuda para obtener suficiente alimento aun suponiendo que los sacrificios que se exige de los otros fueran los mismos»¹⁹⁴.

El criterio objetivo evalúa las razones que están detrás de las preferencias e implica hacer una jerarquización de esas razones según sean centrales o periféricas para

¹⁹² NAGEL T., *Ensayos sobre la vida humana*, op. cit., pp. 224 y 225. Volveremos sobre el punto de vista impersonal según Nagel en las páginas dedicadas a “La estrategia de la imparcialidad liberal” en el capítulo sobre “Perfeccionismo”.

¹⁹³ SCANLON T., “Preference and Urgency”, en *The Journal of Philosophy*, vol. LXXII, núm. 19, 1975, pp. 656 y 658.

¹⁹⁴ SCANLON T., *Preference and Urgency*, op. cit., pp. 650-660.

la vida humana. Un motivo para emplear este criterio objetivo es que, dice Scanlon, nos permite discriminar entre las razones primordiales y triviales en que se apoyan nuestras preferencias. De no distinguirlas podríamos confundirnos al satisfacer indiscriminadamente unas y otras: podríamos estar condenados a satisfacer a todo individuo cualquier tipo de preferencia, por trivial que esta fuera o extremadamente cara en términos de recursos sociales. Por supuesto que una persona puede dedicarse intensamente a satisfacer un deseo trivial sumamente caro, pero el resto de agentes, sostiene este autor, pueden reprocharle el gasto excesivo de recursos comunes, que están reservados a satisfacer necesidades urgentes o centrales para todos, y un solo individuo no debe acapararlos o malgastarlos para satisfacer su deseo trivial: «como si por verbigracia de un supuesto principio de ayuda mutua o de justicia distributiva tuviéramos que “sostener” a las personas que tienen gustos inusualmente costosos»¹⁹⁵.

Por ello, considerar a la autonomía personal como un valor objetivo implica, a su vez, respetar el carácter subjetivo de las preferencias del individuo. Es decir, los enfoques objetivo y subjetivo son perfectamente compatibles y el primero supone que se respeten las preferencias subjetivas derivadas del segundo:

«El defensor de un criterio objetivo para medir el bienestar no necesita negar la relevancia de las preferencias subjetivas. Un logro muy estimable debe ser proporcionar las condiciones necesarias que permiten a los individuos desarrollar sus propias preferencias e intereses. Y también puede ser importante por motivos subjetivos el que las personas sean libres para que alcancen acuerdos a través de los cuales intercambien sus preferencias. Lo que es central para la posición objetiva es la importancia de estos intereses y no sólo la fuerza de las preferencias subjetivas que representan, lo que también es relevante»¹⁹⁶.

Lo que es indudablemente cierto, como por otro lado plantea Taylor, es que un individuo puede equivocarse respecto de algunos de sus deseos: que hay deseos que están mal diseñados, erróneamente estimados, que hay deseos e intereses que son marginales o que representan desviaciones respecto de nuestro plan de vida, y que la persona puede descalificarlos y rechazarlos. Pero este proceso de disociar al individuo entre sus deseos auténticos y otros secundarios debe tener algún límite si no queremos crear individuos esquizofrénicos que no saben lo que quieren perseguir en la vida. Es necesario detectar algo así como un proyecto o forma de vida que el individuo persigue o intereses básicos

¹⁹⁵ SCANLON T., *Preference and Urgency*, op. cit., p. 663.

¹⁹⁶ SCANLON T., *Preference and Urgency*, op. cit., p. 658.

con los que está efectivamente identificado, con el fin de descalificar algunos deseos como periféricos, anómalos o simplemente triviales:

«Para quienes están firmemente comprometidos con un bien, lo que esto significa es que ese bien, por encima de cualquier otro, es el que les proporciona las pautas por las que juzgar el rumbo de sus vidas. Aun reconociendo un haz de distinciones, aun reconociendo que todos implican una fuerte valoración de tal manera que se juzgan a sí mismos y a los demás por el grado de consecución de dichos bienes y admiran o menosprecian a la gente en función de ello, no obstante, ese único bien supremo se sitúa en un lugar especial. La orientación hacia él es lo que mejor define mi identidad y, por ende, mi orientación hacia ese bien es de singular importancia para mí. Aun cuando, naturalmente, deseo estar bien situado en relación a todos y cada uno de los bienes que reconozco, e ir acercándome en vez de alejándome de ellos, mi dirección con relación a ese bien es de suma importancia para mí. Puesto que mi orientación hacia él es esencial para mi identidad, el reconocimiento de que mi vida se desvía de él o no logra encauzarse por él, puede resultarme abrumador e insufrible. Amenaza con sumirme en la desesperación, ya que tal indignidad golpea las propias raíces de mi sentido de ser persona. Simétricamente, la seguridad de saber que estoy bien encaminado hacia ese bien me produce un sentimiento de integridad, de plenitud de ser como persona o como yo, que nada más puede producirme»¹⁹⁷.

Scanlon también da cuenta de esta distinción en otro trabajo cuando señala lo siguiente en contra de imponer otros valores que no sean los realmente queridos por el propio agente:

«La autonomía individual debe respetarse, y es ofensivo frustrar las preferencias consideradas del individuo so pretexto de que sirve a sus ‘verdaderos intereses’ (...). Interesarse por la autonomía individual es interesarse por los derechos, las libertades y otras condiciones necesarias para que los individuos logren sus propios designios e intereses, y para que hagan efectivas sus preferencias al modelar sus propias vidas y al contribuir a la formación de la política social. Entre estos derechos están los que protegen a la gente de diferentes formas de intervención paternalista. Una teoría que respete la autonomía será la que conceda a todos estos factores su propio peso»¹⁹⁸.

Lo relevante de estas observaciones es la protección que se debe brindar no sólo a las preferencias presentes sino también a cualquier preferencia posible. Y ello para que, como dice Taylor, las personas tengan «libertad para desarrollar su personalidad a su gusto, por muy repugnante que ese gusto pueda parecer a nuestro sentido moral»¹⁹⁹. En

¹⁹⁷ TAYLOR C., *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*, op. cit., p. 79.

¹⁹⁸ SCANLON T., “Rights, Goals and Fairness”, en *Public and Private Morality*, ed. Stuart Hampshire, Cambridge University Press, Cambridge, 1978 (reimpr. 1980), pp. 97 y 98. Cito por la traducción al castellano de Mercedes Córdoba, “Los Derechos, las Metas y la Justicia”, en *Moral Pública y Privada*, op. cit., p. 117.

¹⁹⁹ TAYLOR C., *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*, op. cit., p. 26.

definitiva, el liberalismo postula el valor *objetivo* de la autonomía que implica, a su vez, respetar las preferencias *subjetivas* del individuo que no atenten contra dicho valor, aun cuando fueran incorrectas.

3. ALCANCE DEL PLAN DE VIDA: ELECCIÓN O (TAMBIÉN) SATISFACCIÓN EFECTIVA.

Deseo realizar algunos comentarios adicionales en torno a los dos parámetros (frecuencia y necesidad) que apuntaba más arriba sobre la apreciación de bienes e intereses. En cuanto al que se refiere a la frecuencia con que se presenta un bien como componente esencial de los planes de vida que los individuos suelen adoptar, se podría criticar que ésta es una cuestión contingente, variable. No parecería adecuado que una sociedad liberal intentara privilegiar las formas de vida que estén de “moda”, las ortodoxas o las tradicionales a costa de desfavorecer los modelos de vida excéntricos, heterodoxos o extravagantes.

Sin embargo, el Estado tan sólo puede acudir a esas generalizaciones empíricas para determinar el abanico posible de intereses subjetivos que debe proteger a través de normas generales. Ello sin perjuicio, en primer lugar, de que esa generalización varíe con los cambios de los intereses subjetivos de la gente y, en segundo lugar, de que el Estado contemplara medidas específicas para solventar situaciones patológicas que no pudieran ser atendidas mediante las normas generales.

El segundo parámetro, que hace alusión al grado de necesidad con que un bien es requerido por algunos planes de vida, enfrenta el problema de la comparación interpersonal de la importancia de intereses. ¿Es, por ejemplo, el acceso a conciertos de música clásica tan importante para un estudiante de piano en el conservatorio como lo es el caviar ruso para un sibarita? Creo que la cuestión podría tener alguna solución en el plano teórico, aunque sigue presentando formidables dificultades prácticas.

Y esa propuesta, al menos teórica, está relacionada con un problema básico que está implícito en los argumentos de Scanlon y que debe enfrentar irremediabilmente cualquier articulación del principio de autonomía que aspire a ser correcta. ¿El respeto a esa autonomía requiere la *satisfacción* efectiva y completa de los planes de vida o ese

respeto ya se cumple sólo garantizando la *capacidad de elección* entre los posibles planes?

La alternativa no es fácil de discernir. Si un individuo no tiene los medios para satisfacer un plan de vida que ha elegido, tampoco podríamos considerar que tuvo la capacidad de elegirlo; su “elección” fue totalmente virtual, ilusoria, inoperante. Sin embargo, la diferencia se advierte si se pone un simple ejemplo como el siguiente: dos individuos en Madrid ganan el mismo sueldo mensual. Ello, suponiendo que no haya variaciones o incidencias fundamentales en otros aspectos de sus vidas (son solteros, gozan de buena salud...), permite que ambos tengan la misma gama de alternativas respecto de, por ejemplo, qué hacer en su tiempo libre. Pueden, por ejemplo, comprar un abono del Teatro de la Zarzuela, o ir al gimnasio o disfrutar de succulentos almuerzos y selectos vinos en algún restaurante del elegante barrio madrileño del Marqués de Salamanca. Ahora bien, si en la elección de estas preferencias ambos individuos parecen estar equiparados, el equilibrio se rompe cuando las preferencias de uno de ellos parecen irrealizables: supongamos que uno de ellos ama la Zarzuela y el otro ama con igual intensidad el Ballet Imperial del Teatro Mariinsky de San Petersburgo. ¿No podría alegar este último que su autonomía está menoscabada en comparación con el primero, ya que no puede satisfacer sus preferencias con igual frecuencia? Por lo tanto, hay una diferencia apreciable en cuanto a las posibilidades de los individuos de desarrollar planes de vida.

Lo que tendremos que decidir es si el grado de autonomía debe determinarse por la extensión de la clase de preferencias o planes de vida que los individuos pueden adoptar o por la satisfacción efectiva de la preferencia concreta que el individuo haya adoptado. En el primer caso, para establecer el grado de autonomía hay que tomar en cuenta los recursos físicos, intelectuales, económicos, etc., con que cuentan los individuos. Y dos individuos con recursos equivalentes gozan del mismo grado de autonomía. En el segundo caso, hay que tomar como dato fijo las preferencias del individuo y sólo son relevantes los recursos para satisfacer esas preferencias. Dos individuos tendrán el mismo grado de autonomía en la medida en que sus respectivos recursos alcancen para satisfacer en la misma medida sus respectivas preferencias: para gozar de la misma autonomía, está claro que el segundo individuo de nuestro ejemplo necesita más recursos para satisfacer su preferencia de asistir al Ballet Ruso. Es decir, sólo dándole al segundo más cantidad de recursos, ambos podrán realizar en el mismo grado su plan de vida.

Esto plantea la cuestión de si queda garantizada la autonomía con la sola capacidad de optar entre diversos planes de vida o se requiere, además, la satisfacción de dichos proyectos. Se podría decir que ambas capacidades (elegir y satisfacer) son valiosas y que, en el caso de un mismo individuo, no son incompatibles e incluso son necesarias, ya que los recursos que expanden una capacidad expanden, en general, también la otra.

Pero en el caso de distintos individuos tales capacidades sí pueden ser incompatibles, puesto que los recursos que necesita un individuo para satisfacer una preferencia cara pueden reducir el “menú” de preferencias posibles de otros individuos.

Frente a este dilema, la mayoría de los autores liberales como Rawls²⁰⁰, Dworkin²⁰¹ y Ackerman²⁰², hicieron primar la posibilidad de escoger entre diversos planes de vida sobre la necesidad de satisfacer efectivamente las preferencias adoptadas. Ellos sostienen que los individuos son plenamente responsables de su elección de planes de vida y de la adopción de sus preferencias. Y en una sociedad liberal dichos individuos no pueden ser meros receptores pasivos de la elección que por ellos haga el Estado. No cabe la suplantación de su autonomía por un tercero que eligiera por ellos. Se trata, dice Nagel, de «preservar para cada persona un área privada en la que pueda conducir y desarrollar sus relaciones personales con otros y su propia concepción de cómo vivir». Al decidir sobre la legitimidad o no de la autoridad del Estado para interferir en esa área, lo que tenemos que hacer es poner el acento en que la libertad para organizar la vida personal y familiar, para desarrollar los propios objetivos, para buscar la felicidad y para comprender las cosas por medio de uno mismo, tiene tanta importancia para prácticamente todo el mundo que difícilmente ningún otro tercero podría suplantar la decisión de uno mismo en torno a esas cuestiones²⁰³.

No podemos más que secundar la posición de que la satisfacción efectiva de los planes de vida elegidos posee un valor predominante dado por el principio de autonomía (ya que, como hemos visto, esa autonomía se restringe en la medida en que haya planes de vida de imposible o dificultosa satisfacción). Pero, parece ser más valiosa aún, en tanto

²⁰⁰ RAWLS J., “Social Unity and Primary Goods”, en *Utilitarianism and Beyond*, Amartya Sen y Bernard Williams (comps.), Cambridge University Press, New York, 1982, p. 165.

²⁰¹ DWORKIN R., “What Is Equality”, en *Philosophy & Public Affairs*, núm. 3, vol. 10, 1981.

²⁰² ACKERMAN B., *Social Justice in the Liberal State*, Yale University Press, New Haven, 1980, pp. 61 y ss.

²⁰³ NAGEL T., *Igualdad y parcialidad. Bases éticas de la teoría política*, op. cit., pp. 145 y 146.

que es lo mínimo a lo que por ahora podemos aspirar, la capacidad de optar entre diversos planes de vida.

Quedan aún sin respuesta un intrincado conjunto de cuestiones, muchas de las cuales no podrán ser abordadas en esta investigación. Aquí sólo intenté acercarme a lo abrumador del problema para poder hacer ver que una respuesta concluyente y definitiva no es posible: son los matices y las contradicciones las que se imponen aun dentro de los propios liberales. Ningún planteamiento es capaz, por sí solo, de captar todas las facetas del problema ni abarcar toda la complejidad existente en torno a la concepción del bien y la búsqueda de planes de vida en una sociedad liberal. Pero cuando se transita por este cenagoso terreno, que rápidamente nos desliza hacia el resbaladizo terreno del perfeccionismo, es preferible no agobiarse buscando respuestas completas a lo que quizás no las tenga. En el intento de contestar sólo una dificultad, otras tantas se nos abrirán ante nosotros. Y la solución se nos escapará de las manos arrojando otras muchas perplejidades. En lugar de ver lo que queda por recorrer es más provechoso valorar, en cambio, lo que ya se ha avanzado. Y, en este sentido, los logros del principio de autonomía son ya irrenunciables e indiscutibles. Y esa autonomía lograda es la que nos ha permitido identificar determinados derechos que tienen la función de “atrincherar” los bienes que cada uno necesita para perseguir el bien a su manera.

Esos bienes son los indispensables para la realización de los planes de vida que cada individuo pudiera proponerse. Y, entre esos bienes, el más genérico y básico que está protegido por el principio de autonomía es la libertad de realizar cualquier conducta que no perjudique a terceros. Ésta es la libertad consagrada por los arts. 4º y 5º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 cuando indican que «La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no cause perjuicio a los demás (...)». La ley sólo puede prohibir las acciones que son perjudiciales a la sociedad». Y es también la libertad defendida por J.S. Mill en su *On Liberty*.

4. LA JUSTIFICACIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA EN LOS PLANES DE VIDA.

He estado trabajando anteriormente, aun sin decirlo, con un doble significado de la moral que ahora deseo hacer explícito. Estas dos áreas de la moral nos pueden facilitar la comprensión y justificación de este principio de autonomía tal y como lo estamos

abordando. Y estas dos dimensiones las quiero caracterizar bajo dos clasificaciones distintas que me parecen ambas esclarecedoras y muy pertinentes para el propósito ahora buscado. Se trata de las clasificaciones que hicieron, desde tradiciones iusfilosóficas diferentes pero aquí igualmente operativas, Carlos Santiago Nino y Lon Fuller.

Es bien conocida la distinción de Nino entre moral personal o “autorreferente” y moral social o “intersubjetiva”:

«La moral personal o “autorreferente” prescribe o prohíbe ciertas acciones y planes de vida por los efectos que ellas tienen en el carácter moral de su propio agente según ciertos modelos de virtud. Y la moral social o “intersubjetiva” prescribe o prohíbe ciertas acciones por sus efectos respecto del bienestar de otros individuos distintos de su agente. Hay, por supuesto, acciones que infringen prohibiciones correspondientes a ambas esferas de la moral y son, por eso, no sólo objetivamente disvaliosas sino personalmente reprochables. El principio de autonomía se apoya en esta distinción y estipula que sólo en lo que hace a su desviación de la moral interpersonal, y no por su posible desviación de la moral autorreferente, una acción puede ser interferida por el Estado o por otros individuos»²⁰⁴.

La diferencia entre “moral de aspiración” y “moral del deber” propuesta por Fuller implica que la primera de ellas «es la moral de la vida ejemplar, de la excelencia, de la realización más completa de las facultades humanas», mientras que la “moral del deber” «prescribe las normas básicas sin las cuales es imposible lograr una sociedad ordenada»²⁰⁵.

El hecho de que la virtud y la vida buena pertenezcan a la “moral de aspiración”, implica que pierdan su mérito y su valor ético cuando son desarrolladas a golpe de amenazas. Ese contagio perturbador que tales facetas de la moral sufren cuando entran en contacto con la coacción jurídica es la expresión de esa delicadeza del mundo de la moral, que puede ser gravemente deteriorada por una juridificación irreflexiva.

La noción de la “moral del deber”, por el contrario, parece tender a expresar aquellas áreas de la ética cuya importancia como mínimos de convivencia es tal que su garantía coactiva está justificada, quizás porque, aunque el sujeto coaccionado pierda su mérito moral por el mero hecho de obrar motivado por la amenaza de la sanción, los bienes o necesidades básicas de otros individuos que se trata de proteger mediante esa sanción son de tal importancia moral que se superponen a otro tipo de consideraciones.

²⁰⁴ NINO C.S., *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, op. cit., p. 229.

²⁰⁵ FULLER L.L., *The Morality of Law*, Yale University Press, Estados Unidos, 1964. Cito por la traducción al castellano de Francisco Navarro, *La Moral del Derecho*, Trillas, México, 1967, p. 13.

En principio, la juridificación de la “moral del deber” tiene una mayor justificación inicial cuando se orienta no tanto a la moralización de los individuos o a su *perfeccionamiento ético* como a la protección de ciertas dimensiones de los demás agentes morales. Lo que quiere decir que tal juridificación se fundamenta en que trata de establecer un perímetro de protección frente aquellas acciones que puedan dañar aspectos básicos del ser humano como agente moral, pero no en que trata de moralizar tales acciones.

Pero «no hay manera por la cual la ley pueda obligar a un hombre a vivir conforme a lo mejor de que es capaz». De ahí que, como mucho, «para encontrar normas prácticas para juzgar, el Derecho debe recurrir a su pariente cercano, la moral del deber». Ya que no puede justificar su *imperium* en base a los contenidos de una hipotética moral aspiracional. Si «no hay forma posible por la cual podamos obligar a una persona a vivir en forma racional», lo único que nos permite el Derecho desde la ‘moral del deber’ es «tratar de excluir de su vida las manifestaciones más burdas y obvias de la casualidad e irracionalidad. Podemos crear las condiciones necesarias esenciales para una existencia humana racional»²⁰⁶. Pero nada más. Y nada menos, añadiría, porque «la actitud de respeto por el Derecho puede ser la respuesta adecuada del ciudadano cuando el ordenamiento jurídico cumple con una serie de principios morales»²⁰⁷. Pero no logrará ese deseado respeto cuando pretenda imponer otras exigencias -aún también morales- que trasciendan o vayan más allá de la “moral del deber”, que es la única que estaría justificado que el Derecho acogiera²⁰⁸.

Este principio de autonomía tiene, en realidad, dos aspectos diferentes. El primero consiste en valorar positivamente la autonomía de los individuos en la elección y materialización de los planes de vida, o en la adopción de ideales de excelencia que forman parte de la moral autorreferente o aspiracional. El segundo aspecto consiste en vedar al Estado, o a cualquier otro agente distinto del individuo, cualquier tipo de

²⁰⁶ FULLER L.L., *La Moral del Derecho*, op. cit., p. 17.

²⁰⁷ FERNÁNDEZ GARCÍA E., *La obediencia al Derecho*, op. cit., p. 124. Los “principios morales” a los que se refiere Fernández García son “lo que Lon Fuller ha denominado la moral interna al Derecho”, p. 124.

²⁰⁸ Fuller utiliza la imagen metafórica de una “escala moral” que empieza “en la parte inferior con los deberes morales más obvios y esenciales y asciende hasta los logros más elevados a que puede llegar el hombre”. El problema del Derecho, como tantas otras veces, será el de determinar que “en algún lugar de esta escala hay un indicador invisible que señala la línea divisoria en la que cesa la presión del deber y empieza el reto de la excelencia. Todo el campo de la disputa moral está dominado -escribe Fuller- por una guerra sin declarar acerca de la ubicación de este indicador”. FULLER L.L., *La Moral del Derecho*, op. cit., pp. 18 y 52, respect.

interferencia en el ejercicio de esa autonomía. O, si se prefiere, en limitar la acción del Estado a los asuntos concernientes a la moral intersubjetiva o del deber.

Me detengo brevemente en el primer aspecto de este principio de autonomía, o sea, en la asignación de un valor positivo a la libre elección de planes de vida e ideales personales hecha por individuos autónomos.

Es fácil advertir que este primer aspecto tiene mucha relación con el magistral sentido de la autonomía propuesto por Kant: esto es, la libre adopción, como guía de acciones y actitudes, de cualquier principio moral siempre que (1) respete el imperativo categórico y (2) pueda formar parte de la autolegislación con la que el individuo se dota y acepta para sí mismo.

El ejercicio de la autonomía del que hablamos es subsumible entonces bajo la segunda formulación del imperativo categórico kantiano ya visto (capítulo anterior dedicado a Kant): «Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca simplemente como medio»²⁰⁹.

No necesito enzarzarme en todo el arsenal de difíciles cuestiones que suscita el entramado kantiano para poder, al menos, dejar apuntado que la idea de tratar a alguien como mero medio supone, cuanto menos, privar al individuo de algo *valioso* (de aquello que kantianamente no tiene precio). Como lo que es valioso en relación a un individuo está dado por los fines que él persigue en la vida, no es muy desacertado decir que a un individuo se le trata como un fin en sí mismo cuando los demás consideramos en alta estima los fines que él ha decidido perseguir. Kant sostuvo explícitamente que «los fines del sujeto que es fin en sí mismo tienen que ser también *mis* fines en la medida de lo posible»²¹⁰.

Esta interpretación está confirmada por el hecho de que Kant sostiene que, mientras un individuo debe buscar su propia perfección, no debe buscar la perfección de los demás, o al menos, no entorpecerles en esa búsqueda. También esta interpretación coincide con el principio universal del derecho propugnado por Kant, según el cual es

²⁰⁹ KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, trad. de Roberto R. Aramayo y estud. introd. de Maximiliano Hernández Marcos, Gredos, Madrid, 2014, p. 47 [paginación de la 1ª ed. del original alemán: A 67; y ed. de la Academia: Ak. iv, 429].

²¹⁰ KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 48 [paginación de la 1ª ed. del original alemán: A 69; y ed. de la Academia: Ak. iv, 430].

justa toda acción cuando «permite a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal»²¹¹. En definitiva, un individuo no puede ejercer su autonomía cuando ello se hace a costa del sacrificio de la autonomía de otros individuos que pasarían a convertirse en meros medios para la consecución de los fines del primero.

Charles Taylor acude a la noción de Rousseau de “libertad autodeterminada”, en *Las ensoñaciones del paseante solitario*, para articular su idea de autenticidad: «soy libre cuando decido por mí mismo sobre aquello que me concierne, en lugar de ser configurado por influencias externas (...). La libertad autodeterminada exige que quiebre el dominio de esas imposiciones externas, y decida yo sólo por mí mismo». Para Taylor, esta autodeterminación requiere la capacidad de escuchar nuestra voz interior, es ahí donde se encuentra la vocación de ser auténticos. La *interioridad* -concepto importante en la obra del filósofo canadiense- nos brindará la paleta de colores con la que pintar nuestras vidas. Y esta importancia del contacto con uno mismo hace introducir el principio de originalidad:

«Cada una de nuestras voces tiene algo propio que decir. No sólo no debería plegar nuestra vida a las exigencias de la conformidad exterior; ni siquiera puedo encontrar fuera de mí el modelo conforme al que vivir. Sólo puedo encontrarlo en mi interior. Ser fiel a uno mismo significa ser fiel a la propia originalidad, y eso es algo que sólo yo puedo enunciar y descubrir. Al enunciarlo, me estoy definiendo a mí mismo. Estoy realizando un potencial que es en verdad el mío propio». En ello reside el ideal de la autenticidad, y de las metas de autorrealización y desarrollo de uno mismo²¹².

Ahora bien, esta autonomía en el sentido de Kant o al modo de Rousseau como libertad para autodeterminarse está estrechamente conectada con un rasgo fundamental de la moral: ésta no opera a través del engaño, la intimidación, la fuerza o la coacción, sino a través del consenso, del convencimiento, de la aceptación libre y la adhesión voluntaria a los principios que tal moral consagra. A diferencia del Derecho que logra su cumplimiento por medio del miedo a sanciones, la moral está destinada a obtener una convergencia de principios y acciones lograda a través de una voluntad autónoma y espontánea, libre de ataduras o manipulaciones externas.

²¹¹ KANT I., *La Metafísica de las Costumbres*, Primera Parte: Principios metafísicos de la doctrina del Derecho, estud. prelim. de Adela Cortina y trad. y notas de Adela Cortina y Jesús Conill Sancho, Tecnos, Madrid, 4ª ed. 2005 (reimpr. 2012), p. 39 [ed. de la Academia: Ak. vi, 23]).

²¹² TAYLOR C., *La ética de la autenticidad*, op. cit., p. 65.

Si éste es el objetivo del discurso moral, entonces cuando participamos en él valoramos positivamente la autonomía que se manifiesta en las acciones que diariamente realizamos y que están inspiradas o son el resultado del ejercicio de esa autonomía. De ser así, es deseable que la gente determine su conducta sólo por la libre adopción de los principios morales que, tras la suficiente reflexión y deliberación, cada uno juzga válidos. Sólo es posible percibir esta significación «como aquella que emana de los seres humanos, aquella que, en cierto sentido, ellos le otorgan (...). El hecho de que la vida tenga significación consiste en que los seres humanos necesariamente la perciben como significativa de esta forma, en la medida en que poseen un entendimiento, no distorsionado y libre de ilusiones, de sus vidas»²¹³. La presunción de que nuestros interlocutores compartan con nosotros la adhesión a esta regla básica, o que juzguen como principios válidos los mismos que nosotros hemos adoptado, es ya es otra cuestión. Como bien dice Taylor, «razonar en cuestiones morales significa siempre razonar con alguien». Nuestro interlocutor y nosotros deberíamos situarnos bajo el mismo horizonte moral de partida para hacer posible el diálogo. De lo contrario «con una persona que no aceptara exigencia moral alguna sería imposible discutir sobre lo que está bien y lo que está mal»²¹⁴.

Si otros individuos no estuvieran dispuestos a guiar su conducta y actitudes por los principios que consideraran válidos, fruto de su autonomía, sino por otros factores, el diálogo con ellos sería superfluo e ineficaz. No hace falta que, tras la reflexión, albergasen los mismos principios que uno ha adoptado, pero sí, al menos, que sean pautas de acción alcanzadas por el ejercicio de la autonomía. Por eso el compromiso mínimo que permite llevar adelante el discurso moral consiste en guiar las propias acciones y actitudes por los principios que cada uno juzgue válidos.

Este valor moral *prima facie* de la autonomía se transmite a las acciones que son manifestación de ella: a las acciones producto de esa autonomía ya les presuponemos cierto valor por ser, precisamente, ejercicio y consecuencia de esa reflexión y maduración autónoma. Es decir, a las acciones que están determinadas por la libre adopción de principios autónomos, ya les otorgamos, de antemano, algún valor.

²¹³ TAYLOR C., *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*, op. cit., p. 360.

²¹⁴ TAYLOR C., *La ética de la autenticidad*, op. cit., p. 67.

Como los principios de la moral intersubjetiva o social están dirigidos a preservar la autonomía de los individuos frente a actos de terceros que la menoscaben, entonces hay razones para que el Estado y otros individuos hagan valer tales principios contra quienes no los adoptan libremente: si bien ello infringe el principio de autonomía al impedir la ejecución de acciones autónomas, está mandado por el mismo principio de autonomía, puesto que se trata de hacer posible las acciones autónomas del resto.

Llegamos así al segundo aspecto del principio de autonomía de la persona: la prohibición de que el Estado y terceros interfieran en la libre elección y materialización de ideales de vida que sean parte de la moral autorreferente (Nino) o de la moral de aspiración (Fuller). En este caso no se puede apelar al principio de autonomía sobre la base de que es necesario restringir la autonomía de ciertos individuos para preservar la de otros, ya aquí se trata de acciones que no afectan a la autonomía de terceros. Una cuestión distinta, conectada con el paternalismo y que tendremos ocasión de examinar, es la prohibición de acciones que puedan afectar a la autonomía del propio agente (i.e., eutanasia, venta de órganos, esclavizarse, amputarse un miembro corporal, decidir llevar velo o burkini, o practicarse la ablación genital...).

La imposición de ideales de la moral personal o aspiracional es frustrante para el individuo que la padece, cualquiera que sea el principio perfeccionista con la que se la quiera justificar, por atentar contra el valor de la autonomía. Como bien dice Nagel, «la auténtica posición liberal se compromete a rechazar el uso de la fuerza del Estado para imponer de manera paternalista sobre sus ciudadanos una buena vida»²¹⁵. Ello es así por la propia naturaleza de estos ideales, ya que ellos, a diferencia de las pautas de la moral social, requieren haber sido adoptados libremente. Puede satisfacerse el principio que prohíbe matar impidiendo que alguien mate amenazándolo con sanciones para que no lo haga, aun cuando el individuo no haya adoptado libremente el principio en cuestión que prohíbe matar o el principio de la santidad de la vida de todo ser humano; en cambio, el ideal de un orgulloso patriota no puede inculcarse sin la adopción libre y consciente del propio agente. Lo más que puede obtenerse a través de la coerción o la presión es un comportamiento externo y mecánico que, cuando no va acompañado de convencimiento autónomo, se convierte en una parodia de militancia y apego a un ideal no querido. Las

²¹⁵ NAGEL T., *Igualdad y parcialidad. Bases éticas de la teoría política*, op. cit., p. 167.

políticas y medidas perfeccionistas buscan suplantar una convicción que la autonomía no hubiera estado dispuesta a forjar.

Tampoco se satisfacen los ideales de excelencia humana cuando el individuo los adopta por error o confusión, o sea, cuando se supone que no los hubiera adoptado de no haber mediado persuasión, engaño o si hubiera tenido conocimiento de otros ideales alternativos. Habrá siempre dudas acerca de la materialización de ciertos ideales de excelencia humana cuando el contexto social veda o no ofrece posibilidades de conocer la amplia panoplia de planes de vida, o no permite contrastarlos con otros o cuando el Estado asume una actitud autoritaria, propagandística o fanática en favor de uno de ellos. Estoy pensando, por ejemplo, en los países árabes que únicamente permiten abrazar un modo de vida con negación de cualquier otro que sea contrario a la religión islámica predicada en el Corán. Ello nos hace imaginar que «existen algunas concepciones del bien y de la moralidad incompatibles con el ideal de unanimidad razonable. Lo máximo que podemos esperar de ese ideal es que sea capaz de incluir la mayoría de los desacuerdos que dividen a las sociedades democráticas, y que las formas de fanatismo que no se puedan incorporar se extingan gradualmente»²¹⁶.

Si partimos de la base de que una conducta coaccionada nunca podrá ser una conducta moral, llegaremos fácilmente a la conclusión de que la justificación moral de una amenaza jurídica de coacción está, no en la moralización de tal conducta, sino en la protección de bienes y valores que pueden verse afectados negativamente por ella. El orden coactivo del Estado no está para hacernos virtuosos en el obrar sino para imposibilitar que otros nos impidan serlo o, para decirlo en términos generales, para posibilitar que podamos desarrollar en nuestra experiencia personal nuestra condición de agentes morales autónomos.

²¹⁶ NAGEL T., *Igualdad y parcialidad. Bases éticas de la teoría política*, op. cit., p. 169. Kymlicka no va tan lejos como pedir la extinción de estas sociedades: “el objetivo de los liberales no debería de ser disolver estas naciones no liberales, sino más bien tratar de liberalizarlas”. Al preguntarse “¿cómo deberían responder los liberales a las culturas iliberales?” Kymlicka apuesta en todo caso por el diálogo y el ejemplo, nunca la imposición forzosa ni la coacción. Se persigue enriquecerse del encuentro multicultural, convencer con la palabra, servir de ejemplo, dar a conocer los valores liberales y demostrar por qué sería valioso abrazarlos. Se trata entonces de acercar posturas, de liberalizar los componentes iliberales que pudieran aparecer en el choque cultural, es decir, ir puliendo los aspectos no liberales bajo el cincel del liberalismo. Un liberal no puede permitir que una sociedad oprima a sus miembros en nombre de la solidaridad grupal, la ortodoxia religiosa o la pureza cultural. Tal conducta conculca el compromiso liberal con la autonomía individual. Y ante ello los liberales no pueden ser tolerantes. Ello supone un límite de lo que un liberal puede tolerar. La tolerancia liberal “no significa que los liberales deban quedarse al margen y no hacer nada (...). Los liberales tienen el derecho, y la responsabilidad, de manifestar su disconformidad ante la injusticia”. KYMLICKA W., *Ciudadanía Multicultural*, op. cit., pp. 134, 231 y 232.

Este argumento a favor de la autonomía personal reposa en definitiva en la idea de que la libertad es un aspecto inherente a la concepción del bien de la que dependen los ideales personales plausibles. Sólo los planes de vida respetuosos con el valor autonomía son compatibles con lo que el liberalismo predica. Habrá planes de vida que, precisamente por atentar contra ese valor autonomía, no podrán tener cabida en la sociedad liberal.

CAPÍTULO SEGUNDO

El principio de autonomía. La idea de dignidad humana y el autorrespeto

DIGNIDAD HUMANA

1. INTRODUCCIÓN.

Existen términos que, correctamente empleados, pueden enriquecer una conversación; convenientemente manipulados, pueden ser idóneos para la polémica; y adecuadamente tergiversados, pueden argumentar una idea y su contraria. Son términos que, por su fuerza expansiva y proteica, impiden cualquier intento de precisión y todo esfuerzo por conceptualizarlos se torna inútil. Una de esas poliédricas nociones es la de “dignidad humana”, que hoy, e históricamente, constituye un concepto de vigorosa carga moral que se halla en el eje central de las reflexiones filosóficas, jurídicas y políticas, atrayendo la atención y obligado pronunciamiento de todo aquel estudioso que se haya preocupado por el fundamento de los derechos del ser humano.

Conceptos de dignidad humana quizás haya casi tantos como autores se hayan aventurado a preguntarse sobre la misma. Aunque, claro está, no todas las nociones aportadas han corrido la misma fortuna ni tienen el mérito de haber superado los rigores del paso del tiempo. Me aventuro a ofrecer una primera aproximación al concepto de dignidad humana basado en dos posibles acepciones: (a) una *dignidad humana* como «cualidad moral poseída por todos los seres humanos» y (b) un *sentimiento de dignidad* como «conciencia de la propia dignidad que favorece la expresión de esa dignidad y evita la humillación»²¹⁷. En torno al primero de estos sentidos nos centraremos en la primera parte de este capítulo, comenzando con unas notas introductorias sobre la noción de dignidad, para pasar luego a la lectura ineludible del clásico y más conspicuo teorizador de la dignidad humana como fue Kant. Y acabaré esta primera parte haciendo algunas breves referencias a la actualización de la idea kantiana de dignidad en la obra de relevantes autores contemporáneos. Al segundo de los sentidos, que entronca con la idea de autorrespeto, nos dedicaremos en la segunda parte de este capítulo. Sólo dejaré apuntado por ahora que, partiendo de ideas ya halladas en Kant y en Hume y valiéndonos del enfoque de autores contemporáneos como John Rawls, Ronald Dworkin y Avishai Margalit, de la primigenia noción de dignidad humana se puede llegar a la idea de autorrespeto, ambas complementarias.

²¹⁷ MEYER M.J., “Dignidad”, en *Diccionario de Filosofía*, Robert Audi (ed.), trad. de Huberto Marraud y Enrique Alonso, Akal, Madrid, 2004, p. 257.

Conviene advertir, de inmediato, que el sentido y alcance del concepto de dignidad humana no es ni claro ni unívoco; son la vaguedad e imprecisión sus rasgos característicos no sólo en el lenguaje común, sino incluso en los debates doctrinales de los especialistas. Ahora bien, asumir esta falta de acuerdo unánime no debe hacer cesar el esfuerzo de reflexionar en torno a tan vital cuestión, aunque solo sea por arrojar algo de luz a la penumbra conceptual a la que el concepto de dignidad humana se ha visto sometida. El uso y abuso en el empleo del término y el énfasis con el que se quiere revestir de autoridad y contundencia a los argumentos que de él se sirven, hacen correr el riesgo de convertir la dignidad humana en un concepto vacío de contenido. Un riesgo del que ya avisaba González Pérez cuando señalaba que «en nombre de la dignidad se llega a soluciones radicalmente contrarias». Valgan como muestra las continuas referencias a una misma dignidad para albergar soluciones radicalmente opuestas o para refrendar opiniones totalmente distintas «sobre temas tan fundamentales de nuestros días como la admisibilidad de ciertas formas de provocación y manipulación genéticas, el aborto, la disponibilidad de órganos humanos, los experimentos médicos con personas y la eutanasia»²¹⁸. De un mismo concepto de dignidad se puede extraer, más o menos forzadamente, cualquier conclusión que el interlocutor desee para argumentar su razonamiento. También Ricardo Chueca aludía a «la evidente banalización de un concepto» a la que han contribuido todos los operadores jurídicos, y no poca doctrina científica «muy especialmente con el abuso del recurso retórico a la dignidad humana, a veces en condiciones pintorescas». Este abuso «ha desembocado en su degradación a mero eslogan: la dignidad humana es hoy una noción inconsistente y hasta fofa»²¹⁹.

Del mismo peligro alertaba Ronald Dworkin en su último libro *Justicia para erizos*, publicado en español póstumamente, al considerar que «el concepto de dignidad se ha desvalorizado a causa de su uso inconsistente y excesivo en la retórica política»²²⁰. Pero «sería una lástima renunciar a una idea importante e incluso a un nombre familiar

²¹⁸ GONZÁLEZ PÉREZ J., *La dignidad de la persona*, Cívitas, Madrid, 1986, pp. 19-20.

²¹⁹ CHUECA R., “La marginalidad jurídica de la dignidad humana”, en *Dignidad humana y derecho fundamental*, Ricardo Chueca (dir.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pp. 20 y 25. Para Chueca la imprecisión del término ‘dignidad’ le hace ser una palabra “polisémica. No sólo hay múltiples dignidades, sino que dignidad significa cosas distintas. Lo que abre la vía de la dignidad como contenedor o almacén a disposición de valores culturales y sociales diversos. Cada sistema social, comunidad o individual quedan así habilitados para construir su dignidad. Lo que quizá explique su elevada, e inquietante, capacidad de ambivalencia. Esta dignidad abierta, disponible, opera como símbolo y al tiempo como fórmula huera, vacía”, p. 27.

²²⁰ DWORKIN R., *Justice for Hedgehogs*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts, 2011. Cito por la traducción de Horacio Pons (y revisión de Gustavo Maurino), *Justicia para erizos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1ª ed. 2014, p. 29.

en virtud de esta corrupción. Deberíamos, antes bien, asumir la tarea de identificar una concepción razonablemente clara y atractiva de la dignidad». Y para ello Dworkin emprende una ambiciosa propuesta ética -que ahora al comienzo solo dejo anotada- basada en «dos principios que proponen una concepción de la dignidad humana: la dignidad requiere autorrespeto y autenticidad»:

«El primero es un principio de autorrespeto. Cada persona debe tomar en serio su propia vida: debe aceptar que es un asunto de importancia que su vida sea una ejecución exitosa y no una oportunidad desperdiciada. El segundo es un principio de autenticidad. Cada individuo tiene la responsabilidad personal especial de identificar lo que representa un éxito en su vida; tiene la responsabilidad personal de crear esa vida por medio de un relato o un estilo coherentes que él mismo avale»²²¹.

A la dignidad se la ha calificado como «el fundamento último de la cultura política y jurídica moderna. La raíz tanto de los valores, los principios y los derechos, como de los procedimientos iguales para todos»²²². Como ponente constitucional el profesor Gregorio Peces Barba no dudaba en remarcar la conexión existente entre la dignidad humana y los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico español consagrados en el art. 1.1 de la Constitución española de 1978, al señalar:

«La dignidad humana es el fundamento y la razón de la necesidad de esos valores superiores, es la raíz última de todo, y creo que su inclusión entre los valores superiores no es metodológicamente correcta, puesto que éstos son los caminos para ser real y efectiva la dignidad humana»²²³.

En línea similar se situaba Karl Larenz cuando, al respecto de los principios jurídicos y, en concreto, sobre el principio general del respeto recíproco, escribía:

«El principio fundamental del Derecho, del cual arranca toda regulación, es el respeto recíproco, el reconocimiento de la dignidad personal del otro y, a consecuencia de ello, de la indemnidad de

²²¹ DWORKIN R., *Justicia para erizos*, op. cit., pp. 254-255. Son como las dos caras de una misma moneda ya que “la dignidad y el autorrespeto -cualquiera que sea el significado que resulten tener- son condiciones indispensables del vivir bien. Hallamos evidencias de esta afirmación en la forma en que la mayoría de la gente quiere vivir: mantener la frente alta mientras pugna por todas las otras cosas que quiere. Y hallamos más evidencias en la fenomenología por lo demás misteriosa de la vergüenza y el insulto”, p. 30. De hecho, la noción de autorrespeto se suele explicar mejor desde su ausencia. Es su pérdida o aminoración la que revela su importancia. Son situaciones de vulneración del autorrespeto las que hacen caer en la cuenta de su valor y quienes sufren tales situaciones son las personas que tienen una conciencia más profunda de cuan indispensable es el autorrespeto.

²²² PECES-BARBA G., *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 32.

²²³ PECES-BARBA G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 85-86.

la persona del otro en todo lo que concierne a su existencia exterior en el mundo visible (vida, integridad física, salubridad) y en su existencia como persona (libertad, prestigio personal)»²²⁴.

Desde la perspectiva del propio ser humano, reconocerle como digno es atribuirle un valor y respeto mínimo simplemente por pertenecer a la especie humana, impidiendo «que su vida o su integridad sea sustituida por otro valor social»²²⁵. En cuanto a los valores que encuentran en la dignidad humana su fundamento, expresión y concreción, destacan «los valores de autonomía, seguridad, libertad e igualdad, que son los valores que fundamentan los distintos tipos de derechos humanos»²²⁶. O, lo que es lo mismo, los derechos humanos expresan, en cada tiempo y lugar, «las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional»²²⁷. Si así se expresaba el profesor Pérez Luño en 1984, también se reiteraba en el mismo parecer cuatro años más tarde con ocasión de la *Tanner Lecture* organizada por el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid:

«La dignidad humana supone el valor básico (*Grundwert*) fundamentador de los derechos humanos que tienden a explicitar y satisfacer las necesidades de la persona en la esfera moral. La dignidad del hombre ha sido en la historia, y es en la actualidad, el punto de referencia de todas las facultades que se dirigen al reconocimiento y afirmación de la dimensión moral de la persona. Su importancia en la génesis de la moderna teoría de los derechos humanos es indiscutible»²²⁸.

Es importante resaltar ese reconocimiento jurídico nacional e internacional porque no conviene olvidar que «el mayor grado de eficacia en la protección de la dignidad humana se ha conseguido a través de su desarrollo en un sistema de derechos fundamentales asociado a la institución estatal». Son las cartas constitucionales de derechos las que han dotado a la dignidad humana de los más elevados niveles de

²²⁴ LARENZ K., *Derecho justo. Fundamentos de Ética jurídica*, trad. y presentación de Luis Díez Picazo, Cívitas, Madrid, 1985, p. 57.

²²⁵ FERNÁNDEZ GARCÍA E., *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, op. cit., p. 20.

²²⁶ FERNÁNDEZ GARCÍA E., *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, op. cit., p. 20.

²²⁷ PÉREZ LUÑO A.E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 48.

²²⁸ PÉREZ LUÑO A.E., «Sobre los valores fundamentadores de los derechos humanos», en *El fundamento de los derechos humanos*, Javier Muguerza y otros autores (ed. preparada por Gregorio Peces-Barba), Debate, Madrid, 1989, pp. 280-281. Recordemos que la *Tanner Lecture* fue organizada, por primera vez en España, por el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid, bajo la dirección del profesor Gregorio Peces-Barba. El Congreso tuvo como título-tema «La fundamentación de los derechos humanos», teniendo lugar el desarrollo de las sesiones durante los días 19 y 20 de abril de 1988 y contando con la presencia del profesor H.L.A. Hart. La conferencia inaugural corrió a cargo del profesor Javier Muguerza, director por aquel entonces del Instituto de Filosofía del CSIC, con un importante trabajo titulado *La alternativa del disenso*, que discutiremos más tarde.

positivación. Y es en el marco del Estado donde la dignidad humana encuentra su garantía y protección. Aunque, a la par, haya que reconocer que «son pues también los Estados, si no los únicos, sí los más contumaces destructores de la dignidad humana»²²⁹.

Debido a la positivación de la dignidad humana en los textos internacionales de rango más elevado, o en derecho interno reservándose igualmente su plasmación a las normas constitucionales, ha sido la tarea de los altos tribunales y su labor jurisprudencial la que ha permitido ir colmando de contenido el concepto de dignidad humana, además de ir supliendo y paliando su ambigüedad y abstracción a través de un valioso esfuerzo de clarificación y concreción. Por ser nuestro marco geográfico de referencia, tomaremos por caso el Tribunal Constitucional español, aunque el análisis se podría extrapolar sin dificultad a otros tribunales constitucionales europeos. El español, seguramente muy consciente de la intrínseca dificultad -o imposibilidad- de trazar una noción jurídica de la dignidad de la persona, ha sido un Tribunal constitucional que ha evitado definir el significado de ésta de modo frontal o de sistematizar en abstracto las exigencias que cabría derivar de su reconocimiento constitucional. De hecho, advertía expresamente en unos de sus pronunciamientos más reproducidos «que las normas constitucionales relativas a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad consagradas en el art. 10.1 C.E., así como los valores superiores recogidos en el art. 1.1 C.E., si bien integran mandatos jurídicos objetivos y tienen un valor relevante en la normativa constitucional, no pretenden la consagración constitucional de ninguna construcción dogmática, sea jurídico-penal o de cualquier otro tipo» (STC 150/1991, de 4 de julio).

La noción de dignidad de la persona que maneja nuestra jurisprudencia constitucional ha girado -en clara clave kantiana que veremos en los siguientes apartados- sobre la idea de que estamos ante un valor o una cualidad espiritual de todo ser humano -«consustancial», «rango o categoría de la persona como tal»- que implica su reconocimiento como «ser racional, igual y libre» y, coherentemente con ello, excluye su consideración o trato como mero medio, instrumento u objeto («rebajándolo a un nivel material o animal», «olvidándose de que toda persona es un fin en sí mismo»). La dignidad, para el TC se manifiesta así genéricamente en la atribución a la «persona» de un poder de «autodeterminación consciente y responsable de la propia vida», de la capacidad de «determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno» (lo que

²²⁹ CHUECA R., “Presentación”, en *Dignidad humana y derecho fundamental*, Ricardo Chueca (dir.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, p. 19.

no se hallaría muy lejos del libre desarrollo de la personalidad) o en la existencia de un «*minimum invulnerable* que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que sean unas u otras las limitaciones que se impongan al disfrute de los derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona»²³⁰.

Se suele calificar a la dignidad como heterónoma cuando «sus causas o razones se encuentran fuera de la persona, derivan de la autoridad, del puesto social que se ocupe o de una mediación fuerte de una institución»²³¹. Es una noción de dignidad vinculada al status, al rango, a la jerarquía o al estamento. De tal modo que son estas categorías, y la posición que en ellas se ocupe, las que conceden, niegan o modulan el estatuto de dignidad de la persona. Son, claro está, sociedades desiguales ejemplificadas en un tipo de feudalismo cuya organización social en gremios y corporaciones produce *dignidades* diferentes. Al burgués y al siervo, al maestro y al aprendiz, al propietario y al campesino, se le reconocen a cada uno una dignidad más o menos cualificada.

Frente a este criterio propio de la Antigüedad romana (*dignitas*) y la teología medieval, se abre paso la dignidad autónoma cuando el *valor igual* de cada hombre «se genera desde la propia persona»²³², es decir, como algo presente por igual en cada ser humano. Solo con la visión antropocéntrica y el proceso de secularización que conoce el mundo moderno, puede aflorar una dimensión autónoma de la dignidad humana. Es entonces cuando el concepto de dignidad, que era atribuido según el orden divino a los seres creados a imagen y semejanza de Dios, es «secularizado, es decir, liberado de los lastres de fundamentación teológica»²³³. Para un sector de la doctrina, el cristianismo también habría desempeñado un importante papel en este proceso de ruptura con la visión

²³⁰ Sobre el concepto de dignidad humana y su naturaleza como valor o bien son especialmente significativas: SSTC 53/1985, de 11 de abril; 120/1990, de 27 de junio; 214/1991, de 11 de noviembre; 91/2000, de 30 de marzo; 192/2003, de 27 de octubre; o 181/2004, de 2 de noviembre. La dignidad como base y fundamento general de los derechos fundamentales se puede leer en la STC 113/1995, de 6 de julio.

²³¹ PECES-BARBA G., *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*, op. cit., p. 32. El profesor Peces-Barba presta especial atención al papel que pueden jugar las religiones y, más concretamente, las iglesias, en la construcción heterónoma de la dignidad: «la religión puede o no, según se entienda y según se organice, ser un obstáculo para la dignidad humana. Es difícil que la mediación de una iglesia que interpreta y orienta el mensaje religioso pueda plantearse desde la autonomía del creyente (...) Pero no es la religión, sino las iglesias, las que interfieren y se desvían del moderno concepto de dignidad. Estamos ante la dignidad heterónoma. Por el contrario, si la relación supone lo que originariamente debe entenderse por vínculo religioso, en la directa comunicación de la persona con Dios, se puede concluir que estamos en un supuesto de dignidad autónoma», p. 34.

²³² PECES-BARBA G., *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*, op. cit., p. 32.

²³³ MENKE F. y POLLMANN A., *Philosophie der Menschenrechte*, Jenius Verlag GmbH, Hamburgo, 2007. Cito por la traducción castellana de Remei Capdevila Werning, *Filosofía de los Derechos Humanos*, Herder, Barcelona, 2010, p. 145.

heterónoma, al afirmar «la irreductibilidad del hombre al ciudadano, la consistencia de la dignidad radical del hombre como algo previo a su pertenencia a cualesquiera grupos»²³⁴. Lo importante es resaltar que durante ese proceso, que abarca desde el Renacimiento hasta la Ilustración, se produjeron seis transformaciones -que aquí me limito brevemente a enumerar²³⁵- que fueron colmando de significado la auténtica dignidad humana:

1. Capacidad para elegir, para decidir entre varias posibilidades.
2. Capacidad de construir conceptos generales y de razonar. La nueva elaboración intelectual se separa de la idea medieval del orden creado por Dios. Solo perdiendo el *temor a Dios* propio del Medievo, el hombre es capaz de despojarse de sus ataduras (aversión al pecado) y *atreverse a pensar* (*sapere aude*).
3. La creatividad humana desde los sentimientos y las emociones impulsa la dimensión estética. Es el momento del esplendor de la experiencia artística: pintura, música, literatura...
4. Capacidad de diálogo y comunicación. La posibilidad de transmitir a otras personas las creaciones de la filosofía, de la ciencia y de la técnica o de las diversas manifestaciones artísticas. Es la realidad que facilita la cultura y su difusión; la crítica y reelaboración de todo aquello que no se acomoda a los nuevos cánones del pensamiento ilustrado.
5. El nuevo tejido social requiere reglas sofisticadas y complejas que organicen las nuevas formas de vida. La necesidad de esta vida con normas se justifica por varios rasgos de nuestra condición y por las hipótesis que se dibujan en un imaginario estado de naturaleza. De la necesidad del poder y el Derecho deriva el proceso de racionalización y de humanización de ambos, que se concreta definitivamente en la modernidad y, especialmente, a partir de la Ilustración con la participación y el consentimiento de los ciudadanos en el poder, que así será legítimo²³⁶.

²³⁴ BALLESTEROS J., *El sentido del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 112.

²³⁵ In extenso en PECES-BARBA G., *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*, op. cit., pp. 36-45.

²³⁶ Ese poder así legitimado por la participación ciudadana supone la existencia de un Derecho que “representará un punto de vista sobre la justicia. En las sociedades modernas, superado el Estado absoluto, ese punto de vista se confirmará como ética pública democrática a la que se puede llegar desde el iusnaturalismo deontológico o desde un positivismo corregido abierto a valores. Sus contenidos son

6. Condición de seres morales. Cada individuo tiene una concepción de su destino último, que coincide con la plena realización de nuestra personalidad. En todo caso, los diversos caminos posibles necesitan la aceptación personal. Somos seres de fines, no podemos ser utilizados como medios y desde esta perspectiva establecemos nuestros planes de vida y nuestras estrategias de felicidad, de salvación, de virtud o de bien²³⁷.

Estos son los seis rasgos de la dignidad que son interdependientes: unos apoyan o hacen posibles a otros, y la comunicación entre todos da una cabal idea de la dignidad autónoma. Defender la dignidad se los seres humanos obliga, de inmediato, a hacerles deudores de un trato respetuoso a todos ellos, un respeto debido que es *igual* para todas las personas, por el *valor igual* que tienen en dignidad como hombres y mujeres.

Será el Renacimiento el momento histórico en el cual irrumpieron con mayor fuerza estas ideas. Afirmar los valores humanos supone configurar al hombre como algo valioso en sí mismo, independientemente de su religión, profesión o estatus. Lo que es verdaderamente valioso es la capacidad que tiene éste para moldearse, su libertad para elegir, para pensar, para decidir lo que cada uno quiera ser. Giovanni Pico della Mirándola narra en su escrito *De hominis dignitate* de 1486 esta transformación renacentista, cuando el supremo Artesano, al terminar la creación del mundo, se dirige al primer ejemplar de su criatura:

«No te dimos ningún puesto fijo, ni una faz propia, ni un oficio peculiar, ¡oh Adán!, para que el puesto, la imagen, y los empleos que desees para ti, esos los tengas y poseas por tu propia elección y decisión. Para lo demás, una naturaleza contraída dentro de ciertas leyes que le hemos prescrito. Tú, no sometido a cauces algunos angostos, te la definirás según tu arbitrio al que te entregué. Te

formales o materiales. Los primeros: la separación de poderes, el principio de las mayorías, la jerarquía normativa, el principio de legalidad y el sometimiento de gobernantes y ciudadanos a la Constitución. Los segundos son los valores que comunican la ética pública política, la que favorece el consenso de los ciudadanos respecto del poder, con la ética pública jurídica que señala el fin y los objetivos del ordenamiento jurídico. En ese esquema no cabe una única respuesta correcta a los interrogantes sobre los fines y los valores morales del Derecho, sino que éstos son un depósito de buen sentido que se va acumulando, precisamente a partir de la idea de dignidad humana”. PECES-BARBA G., *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*, op. cit., pp. 40-41.

²³⁷ Estas decisiones, señalaba el prof. Peces-Barba, “pueden tener clave religiosa o laica, pero, en todo caso, personales. Desde el poder político y desde el Derecho no se puede intervenir para sustituir ese rasgo clave de nuestra dignidad. Las políticas públicas en una sociedad libre y democrática deben, sin embargo, promocionar las condiciones sociales, políticas y jurídicas para que cada uno esté en las condiciones óptimas para tomar sus propias decisiones”. El peligro se materializa “si los criterios de ética privada se extienden al ámbito de la ética pública como confesional y donde se intente convertir a los ciudadanos en creyentes (...) Los contenidos de la ética privada no deben incorporarse al Derecho pero éste se esforzaría con medidas precisas para que se potenciase la ética privada de cada uno”. PECES-BARBA G., *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*, op. cit., pp. 41-42.

coloqué en el centro del mundo, para que volvieras más cómodamente la vista a tu alrededor y miraras todo lo que hay en este mundo. Ni celeste ni terrestre te hicimos, ni mortal ni inmortal, para que tú mismo, como moldeador y escultor de ti mismo, más a tu gusto y honra, te forjes la forma que prefieras para ti. Podrás degenerar a lo inferior, con los brutos; podrás realzarte a la par de las cosas divinas, por tu misma decisión»²³⁸.

La intención de Pico no es otra entonces que la de «buscar lo excelente, lo maravilloso, sorprendente y exclusivo del hombre: la posibilidad dada al hombre para hacerse a sí mismo, su libertad. El hombre como artífice de su ser: esto es lo que lo dignifica, lo eleva. Libertad, pues, no sólo para hacer, sino para hacerse, libertad proteica. De ahí que el hombre sea lo más admirable de ver en este teatro del mundo»²³⁹. En los tratados sobre la dignidad de los humanistas del Renacimiento encontramos por primera vez la afirmación de que la dignidad del hombre consiste en vivir la propia vida en libertad. Así, «para Pico, el hombre ya no es un gusano de tierra deplorable, como buena parte de la teología medieval lo consideraba, sino que se sitúa en el mismo rango y dignidad que los ángeles, es más, el mismo que los dioses»²⁴⁰. Aquella hermosa frase que Pico della Mirándola toma de Hermes “Gran milagro, oh Asclepio, es el hombre” será repetida en el *Diálogo de la dignidad del hombre* de Fernán Pérez de Oliva (que nace el año en que muere Giovanni Pico, 1494). Ello ha servido de muestra para refutar aquellas tesis que niegan un auténtico Renacimiento español. El *Diálogo* de Pérez de Oliva ejerció en España una función semejante a la que realizó en Italia la *Oratio* de Pico, en tanto que ambos portan en sí el sentido del humanismo de tradición renacentista. Compárese la similitud entre el texto del humanista italiano y el del Maestro Oliva:

«Por donde es manifiesto ser el hombre cosa universal, que de todas participa. Tiene ánima de Dios semejante, y cuerpo semejante al mundo: vive como planta, siente como bruto y entiende

²³⁸ PICO DELLA MIRÁNDOLA G., *De la dignidad del hombre*, con dos apéndices: Carta a Hermolao Bárbaro y Del ente y el uno, ed. preparada por Luis Martínez Gómez, Editora Nacional, Madrid, 1984, p. 105. Para Chueca, en cambio, este fragmento “ha sido objeto de interpretaciones frecuentemente forzadas y netamente anacrónicas. El valor de la *Oratio* reside en que plasma por escrito un hecho clave, la *reificación de la especie humana*: el ser humano como Imago Dei que posibilita aquella construcción de un sujeto colectivo unitario privativo de los humanos y que -según el estado actual de nuestros conocimientos- negamos que lo posean el resto de los seres vivos conocidos. Sin embargo, la interpretación posterior del texto de Pico della Mirándola ha tendido más a su uso como argumento en favor de la dignidad humana individual; como tesis que abona la idea de dignidad como *don* individual. Lo que, si se lee con detenimiento la *Oratio*, no se compadece con la intención del texto. La dignidad, en Pico, es más, mucho más, un objetivo o logro del individuo que un don o cualidad del ser humano”. CHUECA R., *La marginalidad jurídica de la dignidad humana*, op. cit., p. 36.

²³⁹ PANEA MÁRQUEZ J.M., “La imprescindible dignidad”, en *Bioética y Derechos Humanos: implicaciones sociales y jurídicas*, Antonio Ruiz de la Cuesta (coord.), Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005, p. 23.

²⁴⁰ MENKE F. y POLLMANN A., *Filosofía de los Derechos Humanos*, op. cit., p. 174.

como ángel. Por lo cual bien dijeron los antiguos que es el hombre meno mundo, cumplido de la perfección de todas las cosas, como Dios en sí tiene perfección universal; por donde otra vez somos tornados a mostrar cómo es su verdadera imagen. Y pues es así que los príncipes cuando mandan esculpirse, hacen que se busque alguna piedra excelente, o se purifique el oro, para hacer la figura según su dignidad, creíble cosa es que, cuando Dios quiso hacer la imagen de su representación, que tomaría algún excelente metal, pues en su mano tenía hacerla de cual quisiese. Más la causa de por la que la puso en la tierra, siendo tal excelente oiréis agora. Los antiguos fundadores de los pueblos grandes, después de hecho el edificio, mandaban poner su imagen esculpida en medio de la ciudad para que por ella se conociese al fundador; así, Dios, después de hecha la gran fábrica del mundo, puso al hombre en la tierra que es el medio dél, porque en tal imagen se pudiese conocer quien lo había fabricado. Más no quiso que fuese aquí como morador, sino como peregrino, desterrado en su tierra, y como dice San Pablo: *Caminando para Dios, nuestra tierra es en el cielo*; más púsonos Dios acá en el profundo para que se vea primero si somos merecedores de ella. Porque como el hombre tiene en sí natural todas las cosas, así tiene libertad de ser lo que quisiese. Es como planta o piedra, puesto en ocio, y si se da al deleite corporal, es animal bruto; y, si quisiere, es ángel, hecho para contemplar la cara del Padre; y en su mano tiene hacerse tan excelente, que sea contado entre aquellos a quien dijo Dios: *Dioses sois vosotros*; de manera que puso Dios al hombre acá en la tierra para que primero muestre lo que quiere ser; y si le placen las cosas viles y terrenas, con ellas se queda perdido para siempre y desamparado; más si la razón lo ensalzó a las cosas divinas, o el deseo de ellas y cuidado de gozarlas, para él están guardados aquellos lugares del cielo»²⁴¹.

Habrà que esperar a Kant y a las Declaraciones de derechos americana y francesa del último cuarto del siglo XVIII, para situar el contexto histórico concreto en el que parece generalmente aceptado situar la génesis de la idea de dignidad humana en su sentido moderno. Es entonces cuando este concepto «es rescatado de la tradición antigua y formulado de un modo fundamentalmente nuevo en teorías de derecho (Pufendorf) y en teorías morales (Kant)»²⁴². Se pasa de la pluralidad de estatus que origina, a su vez, una pluralidad de dignidades a un estatus único u objetivado²⁴³ en el que el ser humano pasa a ser centro de imputación de los derechos. Una noción que «comenzó siendo un concepto religioso y moral para ser más tarde incluido dentro del ámbito jurídico. Ello ha propiciado su presencia en Constituciones de tradición liberal democrática y en textos

²⁴¹ PÉREZ DE OLIVA F., *Diálogo de la dignidad del hombre*, estud. prelim. de José Luís Abellán, Ediciones Cultura Popular, Barcelona, 1967, pp. 108-109.

²⁴² MENKE F. y POLLMANN A., *Filosofía de los Derechos Humanos*, op. cit., p. 141.

²⁴³ Para Ricardo Chueca “la tesis o solución más razonable es aquélla que concibe la dignidad como status. Ahora bien, como un status objetivado. Es decir, como un conjunto de poderes y elementos jurídicamente formalizados -derechos- que adquieren un singular orden y coherencia cuando se ordenan por relación a una idea de naturaleza humana acorde a las reglas jurídicas de construcción de la voluntad política colectiva”. CHUECA R., *La marginalidad jurídica de la dignidad humana*, op. cit., p. 47.

jurídicos, tantos nacionales como internacionales, relativos a derechos humanos»²⁴⁴. Y es en ese momento histórico, amplio pero preciso, cuando podemos empezar a hablar entonces con propiedad de lo que esa noción supone, manejando un concepto más o menos unánime y compartido entre todos su teorizadores. Desde aquellos tiempos y hasta la actualidad se interpretará la dignidad humana «no solamente como lo más valioso, lo que no tiene precio, lo que exige un respeto inmediato, sino también como el derecho a tener derechos. Por tanto, respetar la dignidad de los seres humanos equivale a reconocerles ciertos derechos. Si el reconocimiento de los derechos humanos es el medio de garantizar la realización de una vida digna, su falta de reconocimiento significa vivir por debajo de la exigencia de esa vida digna»²⁴⁵.

Aunque el hecho de su inclusión en las más significativas cartas de derechos no implique que se haya acabado con las «dificultades, por su vaguedad conceptual, que nos plantea la dignidad como fundamento de los derechos humanos»²⁴⁶, dice Waldron. Es la paradoja a la que se refería Bobbio cuando señalaba que, a pesar de existir un consenso casi absoluto en torno a la dignidad humana como idea fundadora de los derechos humanos, el significado y alcance concreto de esa idea posee, en cambio, un desacuerdo generalizado y amplio²⁴⁷. Tampoco hemos eliminado las disputas en torno a la posibilidad de su renuncia, cuestión que merecería un estudio aparte. Pero nos sirva aquí de muestra de la máxima garantía que alcanza la dignidad su carácter de irrenunciabilidad: ni es posible su renuncia por los propios seres humanos detentadores de ella, ni de los concretos derechos por ella afectados, ni es tampoco posible que el Estado renuncie a su salvaguarda. De esta forma, «el respeto de la dignidad humana trasciende la voluntad del individuo y conlleva una dimensión objetiva que el Estado se verá obligado a salvaguardar»²⁴⁸.

²⁴⁴ FERNÁNDEZ GARCÍA E., “Los valores éticos y la Educación para la Ciudadanía”, en *Educación para la Ciudadanía y Derechos Humanos*, Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández, Rafael de Asís y Francisco Javier Ansuátegui (coords.), Espasa Calpe, Madrid, 2007, p. 124.

²⁴⁵ FERNÁNDEZ GARCÍA E., *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, op. cit., p. 13.

²⁴⁶ WALDRON J., “Is Dignity the Foundation of Human Rights?”, en *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, paper 374, 2013. Aunque también podríamos entender, con Riley, que este éxito de la dignidad humana se debe, en gran parte, a su no concreción. Su incorporación a declaraciones y constituciones se debe a un doble acuerdo. Acuerdo en incorporarla y acuerdo en el desacuerdo: no definirla ni concretarla. Acuerdo en la dignidad humana y ausencia de acuerdo en por qué y en el cómo. RILEY S., “Human dignity: comparative and conceptual debates”, en *International Journal of Law in Context*, núm. 6 (02), Cambridge University Press, jun. 2010, p. 120.

²⁴⁷ BOBBIO N., *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991, p. 35.

²⁴⁸ ELVIRA A., “La dignidad humana en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Dignidad humana y derecho fundamental*, Ricardo Chueca (dir.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, p. 223.

2. LA DIGNIDAD HUMANA NO ES ÉTICAMENTE NEUTRA Y SÍ ES ÉTICAMENTE DETERMINABLE.

El concepto de dignidad humana se ve inmediatamente asediado por las patologías propias de todo concepto con tan fuerte contenido moral. Ya que no parece posible que «pueda ofrecerse una definición de algo tan consustancial a la persona como es su dignidad (...). Ante los intentos de definición, la doctrina no tiene el menor recelo en confesar que el término se le escapa, que las formulaciones generales son insatisfactorias y que la dignidad es una noción con un cuerpo semántico relativamente poco preciso»²⁴⁹. En torno a estos problemas, caben dos propuestas: (a) la dignidad humana no es éticamente neutra, aunque tampoco cabe que la fundamente cualquier doctrina moral²⁵⁰; y (b) la dignidad humana sí es éticamente determinable.

(a) la dignidad humana no es éticamente neutra.

Aparentemente, dice Norbert Hoerster, «parece como si la “dignidad” de la persona fuera un concepto descriptivo, valorativamente neutro, como, por ejemplo, la “vida” o la “integridad física” de la persona». Pero la dignidad humana, decimos, no es éticamente neutra. Calificarla de concepto neutral incurre en un engaño, pues «mientras que los conceptos “vida” e “integridad física” pueden manifiestamente ser determinados de una manera valorativamente neutra y, por lo tanto, es básicamente posible aplicar (no: dictar) el correspondiente principio de protección sin llevar a cabo una propia valoración, esto *no* vale para el concepto o el principio de la dignidad humana»²⁵¹.

Conviene aquí resaltar la importante conclusión que Hoerster extrae de la lectura del art. 1.1 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania²⁵², una disposición de resonancias claramente kantianas. Para N. Hoerster, «la interpretación constitucional habitual del principio de la dignidad humana coincide, por lo que se refiere

²⁴⁹ GONZÁLEZ PÉREZ J., *La dignidad de la persona*, op. cit., p. 111.

²⁵⁰ Recordaba José María Rodríguez Paniagua que “no todas las doctrinas éticas son igualmente aptas para la fundamentación de los derechos humanos (...) Únicamente las doctrinas éticas de la Ilustración europea, comprendiendo desde luego su coronación y máximo representante a Kant, y las inspiradas en la visión personalista del hombre de signo cristiano son las que pueden servir de base a la fundamentación ética o moral de los derechos humanos”, RODRIGUEZ PANIAGUA J.M., *Lecciones de Derecho Natural como introducción al Derecho*, capítulo “El artículo 10.1 de la Constitución española y la fundamentación ética de los derechos humanos”, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1988 (3ª ed.), pp. 208-209.

²⁵¹ HOERSTER N., *En defensa del positivismo jurídico*, capítulo “Acerca del significado del principio de la dignidad humana”, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Gedisa, Barcelona, 2000, p. 97.

²⁵² El artículo 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn (aprobación de 23 de mayo de 1949) reza así: “La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”.

a su fundamentación y significado, casi totalmente con la concepción kantiana»²⁵³. Ello nos puede ser útil para analizar el concepto de dignidad humana que también aparece en nuestra Constitución Española en el art. 10.1, máxime cuando es evidente, y así tantas veces se ha puesto de manifiesto, la influencia, como fuente de inspiración, de la Ley Fundamental de Bonn en nuestro texto constitucional²⁵⁴.

Por tanto, de ello se desprende que el concepto de dignidad humana que manejamos, de raíz kantiana, no es éticamente neutro. Antes, y al contrario, es el resultado de una decisión moral, de una elección valorativa y, desde ese momento, imposible ya de ser neutral. Una toma de postura que implica reconocer en el ser humano la inviolabilidad de su personalidad y las consecuencias derivadas de ese reconocimiento. La fórmula del principio de la dignidad humana «no es nada más y nada menos que el vehículo de una decisión moral sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de formas posibles de la limitación de la autodeterminación individual. La dignidad humana *no* es -como parece sugerirlo el texto del artículo 1.1 LF- algo ya dado, cognoscible (como, por ejemplo, la vida humana), sobre lo que pudiera determinarse objetivamente cuáles acciones lo lesionan o protegen»²⁵⁵.

La cuestión inevitable y decisiva alrededor del concepto de dignidad humana surge entonces desde el momento en el que nos planteamos cuáles formas de la libre autodeterminación humana son éticamente legítimas. Y esa cuestión sigue siendo una cuestión valorativa, de escoger y decidir, de optar por uno u otro punto de vista ético. Cuando nos planteamos si la eutanasia es correcta o incorrecta, o si lo es la prisión permanente revisable, el suicidio, la prostitución, la poligamia o la venta de órganos estamos haciendo una valoración de la dignidad humana que se encierra en estos

²⁵³ HOERSTER N., *En defensa del positivismo jurídico*, op. cit., p. 92.

²⁵⁴ El artículo 10.1 de la Constitución Española promulga: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Sobre el tema de la dignidad humana en relación con este artículo de la Constitución, véase: GONZÁLEZ PÉREZ, *La dignidad de la persona*, op. cit., pp. 65 y ss.; RUIZ-GIMÉNEZ J., “Comentario al artículo 10”, en *Comentarios a las leyes políticas*, Oscar Alzaga Villamil (dir.), Constitución española de 1978 en tomo II, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1984, pp. 45 y ss.; en el mismo volumen, SÁNCHEZ GONZÁLEZ S., “Comentario introductorio al Título Primero”, pp. 33 y 34.; y GARCÍA SAN MIGUEL L. (coord.), *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 1995. Nuestra Constitución española opta por conectar ‘dignidad’ y ‘libre desarrollo de la personalidad’. En otros textos constitucionales la vinculación entre ambos derechos no siempre aparece ligada. Ello se resalta en PRESNO LINERA M.A., “Dignidad Humana y libre desarrollo de la personalidad”, en *Dignidad humana y derecho fundamental*, Ricardo Chueca (dir.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pp. 361-393.

²⁵⁵ HOERSTER N., *En defensa del positivismo jurídico*, op. cit., p. 102.

ejemplos. Y la valoración que hacemos de ello no podrá ser neutral como tampoco lo es la opción que el legislador escoge cuando regula dichos ejemplos, prohibiéndolos o permitiéndolos: permitir la pena de prisión permanente revisable supone una valoración ética de la dignidad humana que, a la postre, lleva al legislador a autorizar tal medida; al igual que en la venta de órganos el legislador hace una valoración ética de la dignidad humana para decidir prohibirla. Podemos encontrar algunas cuestiones morales que plantean discusiones en torno a la dignidad humana sobre las que tenemos algún parecer, al menos en sociedades como la nuestra, más o menos compartido (piénsese en la prohibición de la esclavitud). Pero ello no obsta a que, en amplios ámbitos de nuestra vida, impere «un animado disenso acerca de lo que es éticamente legítimo, especialmente acerca de dónde se encuentran los límites legítimos de la libre autodeterminación»²⁵⁶. Toda decisión legislativa entrañará una valoración ética o un punto de vista ético sobre la dignidad humana. Y, desde entonces, como toda decisión valorativa, imposible de ser neutral.

El concepto de dignidad humana por el que apuesta la Constitución española de 1978 incluye en su núcleo esencial una suerte de facultades y poderes jurídicos que, de privarse de ellos al individuo, supondría el despojo de su dignidad y, por extensión, la negación de su condición misma de ser humano. Esta relación tan intensa entre dignidad y derechos fundamentales no implica que haya que reconocer un contenido de dignidad en alguno o en todos los derechos fundamentales; sino que es el reconocimiento de todos esos derechos los que garantizan al ser humano su dignidad. La distinción es importante porque cabe deducir, entonces, que no toda lesión de un derecho fundamental supone una lesión, a su vez, de la dignidad del individuo; pues no todo derecho fundamental mantiene una relación tan intensa y necesaria con la dignidad. Y, también, porque no todo derecho fundamental es necesariamente inherente a la dignidad humana.

La dignidad del artículo 10.1 de la Constitución se ha etiquetado de valor, de valor superior, de valor supremo, valor jurídico fundamental, de valor central, principio constitucional, de principio general del derecho, de principio rector supremo, de principio fundamentador, de principio político... o de varias de estas nociones a la vez. En este sentido, la discusión acerca de la naturaleza, eficacia normativa o distinción entre valores,

²⁵⁶ HOERSTER N., *En defensa del positivismo jurídico*, op. cit., p. 98.

principios y reglas es ya todo un clásico de larga data en nuestra literatura iusfilosófica²⁵⁷. Sin entrar en esa discusión, y utilizando en este trabajo indistintamente los términos valor y principio, no me parece arriesgado afirmar que, en definitiva, de lo que se trata es de querer dotar a la dignidad humana, categorizándola bajo uno u otro término, del máximo realce, garantía, honor o solemnidad jurídica.

(b) la dignidad humana sí es éticamente determinable.

Al comienzo de este capítulo lamentábamos la falta de determinación que acecha al concepto de dignidad humana. Pero «si tomamos como referencia las tradiciones culturales en las que se ha empleado el principio de la dignidad humana entendido como valor de cada persona humana, las cosas se ponen más fáciles»²⁵⁸. Partiendo de estas “tradiciones culturales” parece que podemos determinar algo mejor el alcance de la dignidad humana. Y en esa tarea quizá nos sea útil acudir a la función que tradicionalmente se le ha asignado a la idea de dignidad humana en el tema del fundamento de los derechos humanos. Pues «la interpretación, la atribución de significado, de la dignidad constitucional lo es conforme a los derechos fundamentales»²⁵⁹. Son precisamente los derechos fundamentales, nos recuerda Fernández García, los que «se hallan estrechamente conectados con la idea de dignidad humana y son al mismo tiempo las condiciones del desarrollo de esa idea de dignidad»²⁶⁰. Por ello, «parece bastante correcto sostener que esos valores y exigencias morales y racionales giran en torno a la idea de dignidad humana, idea básica y condición *sine qua non* para hablar de derechos humanos fundamentales». De esta idea de dignidad humana así concebida «se derivan unos valores que han de fundamentar los distintos derechos humanos. Estos valores son la seguridad-autonomía, la libertad y la igualdad. El valor “seguridad-autonomía” fundamenta los derechos personales y de seguridad individual y

²⁵⁷ Entre otros, DWORKIN R., *Los derechos en serio*, op. cit.; PECES BARBA G., *Los valores superiores*, op. cit.; PAREJO ALFONSO L., *Constitución y valores del ordenamiento*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990; PRIETO SANCHÍS L., *Sobre principios y normas. Problemas de razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992; LLAMAS GASCÓN A., *Los valores jurídicos como ordenamiento material*, Universidad Carlos III de Madrid - Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1993; y ALEX Y R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993.

²⁵⁸ FERNÁNDEZ GARCÍA E., *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, op. cit., p. 24.

²⁵⁹ CHUECA R., “Presentación”, en *Dignidad humana y derecho fundamental*, op. cit., p. 20.

²⁶⁰ FERNÁNDEZ GARCÍA E., *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1984 (2ª reimpr. 1991), p. 78.

jurídica; el valor “libertad” fundamenta los derechos cívico-políticos, y, finalmente, el valor “igualdad” fundamenta los derechos económico-sociales y culturales»²⁶¹.

Reconocer que el hombre tiene dignidad es «reconocer que tiene unas *exigencias* que le son *debidas*, unos *derechos* que le pertenecen»²⁶². Por tanto, la elaboración de un concepto de derechos humanos fundamentales como derechos morales exige mantener, como hilo conductor de toda aquella teoría, la idea de dignidad humana como línea teórica que vertebra su fundamento. Según esto, «los derechos humanos fundamentales son los derechos morales o pretensiones humanas legítimas originadas en y conectadas con la idea de dignidad humana y los valores que la componen (autonomía, seguridad, libertad, igualdad y solidaridad) y, al mismo tiempo, las condiciones mínimas del desarrollo de esa idea de dignidad que, a partir de unos componentes básico e imprescindibles debe interpretarse en clave histórica. La idea universal de humanidad, por tanto, se traduce inmediatamente en el reconocimiento de un determinado número de derechos que exigen su incondicional protección por parte de la sociedad y el poder político»²⁶³.

Observamos, pues, que la idea de dignidad humana es perfectamente determinable, aunque para ello se necesite de otros valores como la autonomía, la seguridad, la libertad o la igualdad, que son los que le dan su pleno y mejor sentido. Por tanto, determinar éticamente la dignidad humana requiere su puesta en relación con la noción de derechos humanos fundamentales a los que sirve de fundamento.

Por todo ello, aunque los peligros de falta de determinación estén siempre al acecho, sí que cabe hablar de un *contenido mínimo* de la dignidad humana que le hace funcionar como «exigencia básica irrenunciable»²⁶⁴. Con ello, la indeterminación que aparentemente aqueja a la dignidad humana habrá quedado, al menos en parte, disipada. Con ese contenido, mínimo pero preciso, ya habremos ganado algo. Que no es poco.

²⁶¹ FERNÁNDEZ GARCÍA E., *Teoría de la justicia y derechos humanos*, op. cit., p. 120.

²⁶² PANEA MÁRQUEZ J.M., *La imprescindible dignidad*, op. cit., p. 20.

²⁶³ FERNÁNDEZ GARCÍA E., *Estudios de ética jurídica*, Debate, Madrid, 1990, p. 60.

²⁶⁴ FERNÁNDEZ GARCÍA E., *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, op. cit., p. 26.

3. KANT Y LA DIGNIDAD HUMANA.

3.1. Introducción.

Probablemente sea la noción kantiana, de entre las concepciones acerca de la dignidad humana, la que haya gozado de mayor influencia en la filosofía política y moral desde la Ilustración hasta la actualidad. Ha sido «la más clara y coherente fundamentación filosófica»²⁶⁵, dijo Hoerster. Kant es un pensador fecundo, «con futuro; alguien por quién, podemos decir, ha pasado la historia del pensamiento de tal modo que no es posible ignorarlo»²⁶⁶. Quizás ya solo por eso su presencia en estas páginas quede redimida de cualquier intento de justificación.

Kant diseña una magistral arquitectura de la idea de dignidad que ha sido la imperante en nuestra tradición cultural cuando se ha debatido acerca del valor intrínseco que posee la vida humana, además de «informar las ideas actuales acerca de los derechos humanos universales»²⁶⁷. Su valiosa aportación al entramado de los derechos fundamentales que hoy se hayan consagrados en nuestras sociedades es incuestionable²⁶⁸, pues es en la obra kantiana donde muchos han colocado el baluarte de su fundamento. Aunque por otro lado, la interpretación del pensamiento del filósofo de Königsberg no haya sido, ni mucho menos, cuestión pacífica. Lo que tampoco es de extrañar que ocurra

²⁶⁵ HOERSTER N., *En defensa del positivismo jurídico*, op. cit., p. 92.

²⁶⁶ GÓMEZ CAFFARENA J., *Diez lecciones sobre Kant*, Trotta, Madrid, 2010, p. 13.

²⁶⁷ SANDEL M., *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, op. cit., p. 123.

²⁶⁸ Señala Pérez Luño que “la teoría de los derechos humanos, tal y como hoy la conocemos, sería inconcebible de no haber mediado la impronta kantiana. Los principales elementos constitutivos de la idea de los derechos humanos, la necesaria correlatividad entre tales derechos y la noción de Estado de Derecho, la concepción axiológica de las libertades como explicitaciones de justicia, el diseño de los valores fundamentales (*Grundwerte*) de los que dimanar las concretas garantías y libertades cívicas, son aportaciones básicas debidas al pensamiento kantiano. Corresponde por tanto, entre otros, a Kant el mérito incuestionable de haber anticipado y compendiado los principales argumentos y problemas que siguen constituyendo, hoy también, el horizonte temático de los derechos humanos”. PÉREZ LUÑO A.E., “El papel de Kant en la formación histórica de los derechos humanos”, en *Historia de los Derechos Fundamentales*, Gregorio Peces-Barba Martínez, Eusebio Fernández García y Rafael de Asís Roig (eds.), Tomo II: Siglo XVIII, vol. II: La filosofía de los derechos humanos, Dykinson, Madrid, 2001, p. 451. También el profesor Angelo Papacchini resalta el hecho de que “Kant elabora y confiere una base ético-filosófica sólida a la idea propiamente moderna de dignidad”. Esta idea, a partir de la Declaración universal de la ONU, ha ido adquiriendo el estatus de soporte ideal de los derechos humanos. Pero señalar que la dignidad haya quedado positivada en el texto de la Declaración de la ONU “no significa de ninguna manera subvalorar los aportes kantianos a la teoría de los derechos humanos, ni mucho menos desconocer que su sistema ético-político constituye la reconstrucción más elaborada de la idea de dignidad, que la humanidad ha asumido como la base ética de los derechos humanos”. PAPACCHINI A., *Filosofía y Derechos Humanos*, capítulo noveno: “El modelo kantiano”, Programa Editorial Universidad del Valle, Cali, 1997, pp. 248 y 250.

en torno a un autor de tan profusa difusión y con tantos estudiosos sobre su figura²⁶⁹. Por un lado, la complejidad de la obra kantiana y, por otro, el propósito de este capítulo (dignidad y autorrespeto), hacen que en lo siguiente abandone la pretensión -inútil y demasiado ambiciosa- de ofrecer un análisis detallado y exhaustivo del pensamiento de Kant, y opte en cambio por una aproximación en concreto de aquellos aspectos que nos sean más útiles para el objeto de estudio que nos atañe. Nos centraremos más bien en la Ética kantiana y en su teoría de la justicia o filosofía del Derecho²⁷⁰, teniendo que bordear las incursiones en el Kant precrítico, su teoría del espacio, del tiempo, la lógica trascendental, la estética, el problema del mal o su filosofía de la religión y de la historia²⁷¹. Trataré de analizar la concepción kantiana de la dignidad humana sobre la premisa de que su contenido es la *idea de humanidad* y que, por ello, es un valor atribuible a cada ser humano, con carácter incondicionado, universal y último. Por ello, y vaya la disculpa por adelantado, obviaré hacer referencias a otras cuestiones, aún capitales, del pensamiento kantiano.

Y ¿cuál es la concepción kantiana de la dignidad humana? Tan sencilla pregunta rápidamente se torna compleja cuando nos aventuramos a contestarla. Pues solo el estudio reflexivo y minucioso de distintos fragmentos de la obra del filósofo prusiano, nos permite extraer alguna respuesta clara. Si en la primera formulación del imperativo

²⁶⁹ Sobre la abundancia de interpretaciones, José Luís Colomer ha indicado que a los textos kantianos se le han atribuido “términos tan irreconciliables como para merecer calificativos tan dispares como de *filosofía de la libertad* o de *la sumisión*, como la *última teorización del Antiguo Régimen* o como *umbral de la contemporaneidad*”. COLOMER J.L., “Immanuel Kant”, en *Historia de la Teoría Política*, Fernando Vallespín (ed.), tomo 3, cap. 4, Alianza Editorial, Madrid, 2002 (reimpr. 2012), p. 243. “La diversidad de planos en los que opera la reflexión kantiana”, también ha sido aludida por el profesor Pérez Luño, pues “de sus tesis pueden deducirse lo mismo las premisas para una formulación definitiva de la teoría constitucionalista liberal (...) que se le puede llegar a considerar legitimador de la concepción absolutista”. PÉREZ LUÑO A.E., *El papel de Kant en la formación histórica de los derechos humanos*, op. cit. p. 462. Un buen repaso de las relecturas y críticas contemporáneas a la ética kantiana se hace en THIEBAUT C., “¿Por qué y cómo todavía Kant?”, en *Kant después de Kant. En el bicentenario de la Crítica de la razón práctica*, Javier Muguerza y Roberto R. Aramayo (eds.), Tecnos, Madrid, 1989, pp. 612-629. Sobre estos temas ver también MOLINUEVO MARTÍNEZ DE BUJO J.L., “La recepción de Kant en España”, en *Estudios sobre Kant y Hegel*, Cirilo Flórez y Mariano Álvarez (eds.), Instituto de Ciencias de la Educación, Universidad de Salamanca, 1982, pp. 99-114. Y también, más recientemente, FARTOS MARTÍNEZ M., “La recepción de Kant en España”, en *Estudios Filosóficos*, vol. 153, núm. 154, 2004, pp. 457-492.

²⁷⁰ Para ello puede consultarse COLOMER J.L., *La teoría de la justicia de Immanuel Kant*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995. Allí remitimos para un estudio más completo y profundo de algunas cuestiones relacionadas con la Filosofía del Derecho de Kant, que aquí sólo quedarán apuntadas. Este mismo profesor aporta una nutrida y comentada bibliografía de las obras sobre Kant en COLOMER J.L., *Immanuel Kant*, op. cit. pp. 312-316.

²⁷¹ Han abordado algunas de estas cuestiones en profundidad, entre otros, ALLISON H.E., *El idealismo trascendental de Kant: una interpretación y defensa*, pról. y trad. de Dulce María Granja Castro, Anthropos, Barcelona, 1992; GÓMEZ CAFFARENA J., *El teísmo moral de Kant*, Ediciones Cristiandad, Madrid, 1983; y DUQUE F., *La fuerza de la razón*, Dykinson, Madrid, 2002.

categorico Kant postulaba un obrar que se pudiera erigir en ley universal, el segundo paso será dotar de contenido a esa ley que aspira a universalizarse. Hay que proceder a buscar una materia a la ley, es decir, algo que dé contenido a la ley universal. De ahí que la primera formulación del imperativo sea el continente (formal) que habrá de ser colmado por el contenido sustantivo (material) que le proporciona la segunda formulación. Este proceder no es trivial. Hay un sentido específico en cada una de las variaciones de los imperativos que ya sabemos que «sólo son en el fondo otras tantas fórmulas de una misma ley»²⁷². Por ello cada una de estas fórmulas cumple la misión de ser *forma* o *materia*. El principio *formal* «consiste en la universalidad -dice Kant-, y en este punto la fórmula del imperativo categorico es expresada así: Que las máximas han de ser escogidas como si fuesen a valer como leyes universales de la naturaleza». Pero las máximas también tienen «una *materia* -añade-, o sea, un fin, y la fórmula dice que: El ser racional como fin según su naturaleza y, por tanto, como fin en sí mismo tendría que servir para toda máxima como condición restrictiva de todo fin meramente relativo y arbitrario»²⁷³. Por consiguiente decimos que la primera formulación es *formal*, y la segunda *material* por dotar de contenido a la primera.

Mediante el principio de humanidad se pone de relieve un tipo de bien y un valor correlativo que guían, como principio rector, el obrar humano: sólo la subjetividad racional misma y la correlativa dignidad de la persona humana pueden asumir la forma universalizable de cualquier máxima para actuar. Sólo sobre esas premisas, por ser universales (comunes) a todo ser humano, es posible exigir un obrar igualmente universalizable.

²⁷² KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 53 [paginación de la ed. de la Academia: Ak. iv, 436]. H.J. Paton contabiliza cinco formulaciones del imperativo categorico, dado que la primera y la tercera presentan dos variaciones cada una: Fórmula de la Ley Universal; Fórmula de la Ley de la Naturaleza; Fórmula del Fin en Sí Mismo; Fórmula de Autonomía; y Fórmula del Reino de los Fines. PATON H.J., *The Categorical Imperative. A Study in Kant's Moral Philosophy*, Hutchinson, Londres, 1946, p. 129. J.R. Silber llega a hablar de siete u ocho fórmulas distintas, todas ellas identificables en la obra de Kant y siendo plausibles además ilimitadas variaciones de cada una. SILBER J.R., "Procedural Formalism in Kant's Ethics", en *Review of Metaphysics*, núm. 28, 1974, pp. 197-236, especialmente pp. 205 y ss. Entre nosotros puede verse un estudio similar en SEVILLA SEGURA S., *Análisis de los imperativos morales en Kant*, Servicio de Publicaciones del Departamento de Historia de la Filosofía, Universidad de Valencia, 1979. En este trabajo Sergio Sevilla realiza una lectura de la *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres* en la que muestra cómo el imperativo categorico se entiende mejor como criterio meta-ético que como principio de una moral normativa.

²⁷³ KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 54 [Ak. iv, 436].

3.2. El imperativo de universalización de máximas.

Tenemos, pues, la intuición de que necesitamos un criterio formal que luego sea capaz de acomodar un contenido que guíe el arbitrio humano. Kant se plantea esta búsqueda con el objetivo de hallar «el único imperativo categórico», «el imperativo universal del deber», «el concepto de una voluntad absolutamente buena», o «esa ley, cuya representación, sin tomar en cuenta el efecto guardado merced a ella, tiene que determinar la voluntad, para que ésta pueda ser calificada de *buena* en términos absolutos y sin paliativos»²⁷⁴. En efecto, «ni los dones de la naturaleza (los talentos del espíritu o el valor), ni los dones de la fortuna (el poder y la riqueza), que son deseados como ventajas, son intrínsecamente buenos, pues se pueden hacer de ellos un mal uso»²⁷⁵. El comienzo de su análisis es indagar sobre esa buena voluntad, que para que verdaderamente sea buena ha de serlo sin restricción. De tan elevados objetivos no cabe más que aducir que el camino que a ellos conduzca debe ser incontrovertible, universal y absoluto, es decir, no basado en meras conjeturas de intereses que pueden hacer errar por una subjetividad sometida a discreción.

Por ello tal criterio, entre las posibles maneras de determinarlo, debe asentarse sobre aquella que lo conforme incondicionalmente. Este punto de partida del análisis kantiano lo ofrece su famosa distinción entre las dos posibles maneras de determinar la voluntad, según sus principios funcionen instrumentalmente para algún otro fin o sean principios que posean valor por sí mismos. Solo el segundo caso es capaz de ofrecer el fundamento requerido. La moralidad de la voluntad «no es tal por lo que produzca o logre, ni por su idoneidad para conseguir un fin propuesto»²⁷⁶, debe ser ella misma su propio fin, con validez absoluta o incondicionada. No por el *propósito* por el que decidimos llevar a cabo una acción²⁷⁷, sino que es en la *máxima*²⁷⁸ que decidió tal acción donde

²⁷⁴ KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., pp. 39, 54 y 20 [Ak. iv, 421, 437 y 402].

²⁷⁵ FERRARI J., *Kant o la invención del hombre*, trad. de Francisco López Castro, Edaf, Madrid, 1974, p. 103.

²⁷⁶ KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 12 [Ak. iv, 494].

²⁷⁷ KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., pp. 14 y 15 [Ak. iv, 396 y 397].

²⁷⁸ Máxima, dice Kant, “es el principio subjetivo del querer”. KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 19 [Ak. iv, 401]. Una máxima es el principio del obrar que se predica del sujeto agente que actúa. Máxima o principio son términos intercambiables en Kant. Una máxima es un consejo que se asume “por haber superado el juicio moral y, por tanto, transformado en deber. Por eso una máxima se puede definir como la ley moral encarnada en el contexto subjetivo de la voluntad y en el contexto objetivo de la acción. Lo enunciado en estas máximas son deberes”. VILLACANAS J.L.,

reside el valor moral; por lo tanto, «no depende de la realidad del objeto de la acción, sino simplemente del *principio*»²⁷⁹. Este *principio* contiene el fundamento de la voluntad, y cómo está liberado de propósitos o materia alguna, es ya en sí un principio formal y *a priori*.

La moralidad, pues, no consiste en el contenido del acto en sí mismo, en que el acto sea bueno o malo; la moral tiene que ver con algo que sustenta la acción y es lo que le atribuye su carácter moral. El acto no es moral o inmoral porque se ajuste o no a un precepto, sino por otra cosa más honda e íntima, por la forma que revista en la conciencia el cumplimiento del precepto. Por consiguiente, señala García Morente:

«Lo que merece propiamente el calificativo de moral o de inmoral no es el acto, sino la voluntad que se determina. La moralidad está, pues, en la voluntad, en el sujeto, y no en la acción, no en la concreción física del acto. La disposición del ánimo del agente es la que es moral o inmoral. Si el agente realiza el acto prescrito porque lo considera absolutamente debido, como un fin absoluto del hombre, entonces es el agente moral; si, por el contrario, realiza el acto porque espera sacar de él alguna consecuencia favorable, si lo realiza, pues, como un medio, entonces el agente es inmoral»²⁸⁰.

La forma de la moralidad radica entonces en el sujeto que actúa, en su motivación, en su voluntad de llevar a cabo el acto, y no en el objeto. La moralidad está, dice Kant, en la máxima de la acción y no en la acción misma. Esta explicación queda expuesta en los dos tipos de imperativos que gobiernan nuestras acciones, según nos manden hipotética o categóricamente: «los primeros representan la necesidad práctica de una acción posible como medio para conseguir alguna otra cosa que se quiere». El imperativo categórico, en cambio, «sería el que representaría una acción como objetivamente necesaria por sí misma, sin ningún otro fin». Y reitera Kant: «si la acción fuese simplemente buena como medio *para otra cosa*, entonces el imperativo es *hipotético*; si se representa como buena *en sí*, o sea, como necesaria en una voluntad conforme de suyo con la razón, entonces es *categórico*»²⁸¹. Por “categórico” entiende Kant “incondicional”. El imperativo categórico «no concierne a la materia de la acción (...) sino a la forma y al

“Kant”, en *Historia de la Ética*, vol. II: La Ética Moderna, Victoria Camps (ed.), Crítica, Barcelona, 1992, p. 380.

²⁷⁹ KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 18 [Ak. iv, 400].

²⁸⁰ GARCÍA MORENTE M., *La Filosofía de Kant. Una introducción a la filosofía*, present. de Juan Miguel Palacios, Ediciones Cristiandad, Madrid, 2018 (1ª ed. 1917 por Librería general de Victoriano Suárez, Madrid), pp. 184-185.

²⁸¹ KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 32 [Ak. iv, 414].

principio (...). Este imperativo puede ser llamado el de la *moralidad*»²⁸². Es categórico porque «manda una acción absolutamente, sin considerarla como medio, sino como último e incondicionado fin»²⁸³. Al establecer un imperativo que ordena categóricamente nuestras acciones, Kant nos está ofreciendo «un criterio supremo de enjuiciamiento para la moralidad»²⁸⁴. La voluntad moral es la que actúa por imperativos categóricos o, lo que es lo mismo, «sólo un imperativo categórico, sostiene Kant, podrá contar como imperativo moral»²⁸⁵.

Conjetura Kant que el simple concepto de un imperativo categórico quizás podría suministrarnos también la fórmula del mismo y que dicha fórmula «contenga la única proposición que pueda ser un imperativo categórico»²⁸⁶. Cree Kant así haber dado con la intuición correcta: puesto que toda ley contiene en su definición la idea de universalidad, la fórmula de la ley moral no puede ser otra que ésta: es moral aquello que puede convertirse en ley universal. Sólo será «moralmente obligatorio lo universalizable, lo que debe valer para todos»²⁸⁷. Sólo es moralmente bueno aquello que puede ser estimado universalmente como bueno y valer como bueno para todos sin excepción. Ningún ser racional puede querer, como tal ser racional, que el asesinato, el robo o la promesa ficticia²⁸⁸ se convirtieran en norma universal. Por eso, tales acciones, al no poder ser queridas universalmente, no pueden ser morales. «¿Puedes querer también que tu máxima se convierta en ley universal?», se pregunta Kant y responde: «de no ser así, es una máxima reprobable»²⁸⁹. Sólo la universalidad a la que debe ser conforme la máxima de la acción «es lo único que el imperativo representa propiamente como necesario»²⁹⁰. Llegamos así a la fórmula buscada y única posible:

«Obra sólo según aquella máxima por la cual puedas querer que al mismo tiempo se convierta en una ley universal»²⁹¹.

El sentido exclusivamente formal de esta fórmula es evidente. No nos ordena ninguna acción determinada ni nos dice lo que tenemos que hacer; carece de todo

²⁸² KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 34 [Ak. iv, 416].

²⁸³ GARCÍA MORENTE M., *La Filosofía de Kant. Una introducción a la filosofía*, op. cit., p. 176.

²⁸⁴ HÖFFE O., *Immanuel Kant*, Verlag C.H. Beck, Munich, 1983. Cito por la traducción al castellano de Diorki, *Immanuel Kant*, Herder, Barcelona, 1986, p. 171.

²⁸⁵ SANDEL M., *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, op. cit., p. 138.

²⁸⁶ KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 38 [Ak. iv, 420].

²⁸⁷ CAMPS V., *La fragilidad de una ética liberal*, op. cit., p. 18.

²⁸⁸ KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 21 [Ak. iv, 403].

²⁸⁹ KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 21 [Ak. iv, 403].

²⁹⁰ KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 39 [Ak. iv, 421].

²⁹¹ KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 39 [Ak. iv, 421].

contenido empírico. No sabemos cuál es el contenido de aquella máxima, sólo sabemos que, cualquiera que ésta sea, debería ser querido al mismo tiempo por cualquier otro sujeto. La fórmula sólo afirma que «la moralidad se halla en la máxima de la acción, y exige que esa máxima sea simplemente la comprobación interior de que la acción por realizar es absolutamente debida, debida por todos, de que es un fin último del hombre. Sólo quien hace lo que hace porque piensa que así *debe* ser, sólo ése puede querer que su máxima -cumplir con el deber- sea ley universal de la acción de todos»²⁹².

De esta primera formulación del imperativo categórico, Kant ofrece una segunda variante «que podría rezar también así: *obra como si la máxima de tu acción pudiera convertirse por tu voluntad en una ley universal de la naturaleza*»²⁹³. Esta fórmula presenta una indudable coincidencia con la llamada “regla de oro” de cuño evangélico²⁹⁴: *quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris* (lo que nos quieras que te hagan a ti, no se lo hagas tú a los demás). Esta fórmula, dice Kant, se derivaría de la suya, es decir, que estaría incluida en ella. El imperativo categórico es más general y omnicomprendivo que la “regla de oro”. Ésta es imperfecta, precisamente por ser menos abarcante «no puede ser una ley universal, al no contener el fundamento de los deberes para con uno mismo, ni el de los deberes caritativos hacia los otros (pues más de uno aceptaría gustosamente que los demás no debieran hacerle bien alguno, con tal de quedar dispensado de prodigárselo a ellos), ni a la postre el de los deberes obligatorios para con los demás»²⁹⁵.

Esta universalidad mínima ha sido frecuentemente criticada por la incoherencia o irracionalidad moral de pretender sostener una máxima, negando al mismo tiempo la posibilidad a otros también de sostenerla y, por extensión, a que todos también la mantuvieran como un principio universal de conducta. No podrá, por tanto, mantenerse como máxima moral “haga yo X” sin aceptar a su vez “haga X cualquier otra persona”, es decir, sin aceptar que las razones, valoraciones o elementos del juicio moral conducentes a esa máxima, en condiciones *ceteris paribus*, sean también razones válidas para cada uno de los otros. Como denunciaba Hans Welzel:

«La crítica ha rechazado ya hace tiempo este método -que, al principio, tan prometedor parece- para deducir los contenidos de la ética material. Todo contenido de voluntad puede convertirse en ley general, con solo aceptar las consecuencias que de ello se siguen. Es verdad que, de ordinario,

²⁹² GARCÍA MORENTE M., *La Filosofía de Kant. Una introducción a la filosofía*, op. cit., p. 186.

²⁹³ KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 39 [Ak. iv, 421].

²⁹⁴ Mateo 7, 12 y Lucas 6, 31.

²⁹⁵ KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 48 [Ak. iv, 430].

el ladrón “corriente” contradice el contenido de su acción, ya que no quiere renunciar en absoluto a aquel mismo orden de propiedad privada que él viola en el caso concreto. El anarquista, empero, que niega, incluso para él mismo, todo orden de propiedad, puede muy bien, sin incurrir en contradicción, elevar a ley general su modo de obrar. Ni tampoco el adúltero, que tiene por superada la institución del matrimonio, puede decirse que se contradice al elevar su acción a ley general del obrar. No hay nada que no pueda de esta manera ser convertido en una ley moral»²⁹⁶.

Frente a cualquier malentendido que nos hiciera ver esta universalidad como la posibilidad de confirmar cualquier acción por el mero deseo de que se universalizara, conviene hacer hincapié en que este principio no valida toda máxima de conducta que pueda universalizarse de facto, es decir, simplemente por el hecho de querer que se universalice²⁹⁷. El requisito de universalidad para Kant es siempre la exigencia de un querer racional: *querer que tu máxima se convirtiera en ley universal* no habilita para llevarla a cabo simplemente por cumplir ese querer, o por alcanzar vagamente la certeza de que se pudiera universalizar sin reparar en una detenida maduración de sus consecuencias. Se necesita que ese querer sea racional, que no incurra en contradicción con la propia razón. Así, en el célebre caso del indigente que para obtener un préstamo promete devolverlo aun a sabiendas que no cumplirá su promesa, lo problemático no está en si el mendigo puede querer de hecho la mentira, ni siquiera -contra las propias palabras

²⁹⁶ WELZEL H., *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho natural y justicia material*, trad. de Felipe González Vicén, cap. IV: el idealismo alemán (Kant y Hegel), BdeF, Buenos Aires, 2011, pp. 228-229. También Otfried Höffe señala que “el imperativo categórico como criterio de moralidad ha sido objeto de contestación”. Aunque la crítica que le han hecho desde distintas corrientes no ha podido desvincularse por entero de las tesis kantianas: tanto el utilitarismo inglés de Bentham y Mill como la ética del discurso alemana “presuponen que el discurso moral debe ser vinculante, no en determinadas condiciones sino radicalmente. Por eso ambas corrientes suponen el imperativo categórico como concepto y criterio último, y por tanto como el verdadero criterio moral. El imperativo categórico por abstracto que pueda parecer, es la forma suprema de toda obligatoriedad, el grado perfecto de la racionalidad práctica”. HÖFFE O., *Immanuel Kant*, op. cit., p. 174.

²⁹⁷ Éste era el extremo en el que se basaba la crítica de Esperanza Guisán a la idea de una ética kantiana “masculina”, desprovista de calor y amabilidad, en la que el puro deber ordena con independencia de lo ordenado, exigiendo únicamente que el sujeto que obre quisiera que su ley se universalizara: “Un solo contra-ejemplo bastará para mostrar lo erróneo de esta posición formalista, que no atiende al requisito de fundamentar en las necesidades humanas el objetivo último de la ética. Supongamos que alguien desee universalizar la máxima ‘Debo sufrir cuanto me sea posible’, convirtiéndola en el imperativo categórico: ‘Sufrir cuanto te sea posible’, aplicado por igual a todos los seres racionales. Lógicamente es perfectamente posible que alguien desee sufrir y desee asimismo la misma suerte para todos los humanos. Psicológicamente sin embargo se trataría de una máxima y una ley un tanto anómalas, dado que en principio nadie desea sufrir, salvo reconocidos casos de masoquismo. Éticamente la norma sería totalmente indeseable. Admitamos que uno es lo suficientemente masoquista para hacer que la máxima de su actuación se dirija siempre a la obtención del mayor dolor posible. Permitirle, sin embargo, universalizar esa norma, de suerte que sea aplicable por igual a todos los humanos, no parecería inmoral éticamente, y, en un plan más elemental y ordinario, un peligro para la supervivencia, moral y material de la raza humana”. GUISÁN E., “Immanuel Kant: una visión masculina de la ética”, en *Esplendor y miseria de la ética kantiana*, E. Guisán (comp.), Anthropos, Barcelona, 1ª ed. 1988, pp. 183-184.

de Kant- en si «no podría querer (...) una ley universal de mentir»²⁹⁸, pues no se ve por qué no podría desearla y desear entonces vivir, como resultado de esa universalización fáctica, en una sociedad hipócrita del continuo simulacro en sus compromisos de la que, sin embargo, tanto él como cualquier otro podría obtener eventualmente beneficios egoístas. Lo problemático reside en que ese posible deseo empírico no puede ser asumido por una voluntad racional sin contradecirse o negarse a sí misma, ya que «al generalizarse el quebrantamiento de la promesa, muere ésta como institución y desaparece con ella una posibilidad de convivencia racional»²⁹⁹. Pues un mundo de engaño y fingimiento en sus compromisos invalidaría toda promesa, cuya razón de ser es la confianza en la palabra dada, con lo que se autodestruiría de este modo la racionalidad propia del lenguaje:

«Si se intenta universalizar esta máxima y al mismo tiempo actuar siguiéndola, dice Kant, se descubrirá una contradicción: si todo el mundo hace falsas promesas cuando necesita dinero, nadie creerá esas promesas. De hecho, no habría promesas; universalizar las falsas promesas socavaría la institución de mantener las promesas. Pero entonces sería fútil, irracional incluso, intentar sacar dinero con una promesa. Esto enseña que hacer falsas promesas es malo moralmente y no se compadece con el imperativo categórico»³⁰⁰.

Lo que interesa resaltar aquí es que la razonabilidad del querer es la exigencia que preside la formulación de la universalidad, una razón sin contradicción. Una razón que significa «la capacidad de elegir la propia acción independientemente de las motivaciones, los impulsos, las necesidades y las pasiones sensibles, de las sensaciones de agrado y desagrado»³⁰¹. Se apartan de los juicios morales cualesquiera fundamentos procedentes de los deseos e inclinaciones del individuo: la forma universal de la máxima es lo que queda cuando a ésta se le desquita todo interés o deseo necesariamente particular. Dar primacía a la razón implica la exclusión de la arbitrariedad propia de la acción determinada únicamente por fines particulares. La universalidad como racionalidad trasciende la arbitrariedad de la inclinación particular en la determinación de la voluntad, y es la única que puede posibilitar una conformación de voluntades que, dejando atrás sus singularidades, pueden converger por lo que tienen en común. Sólo el criterio de la universalidad da cabida a la consideración de los otros individuos como sujetos morales iguales a nosotros mismos, esto es, sólo tomando lo común que a todos

²⁹⁸ KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 21 [Ak. iv, 403].

²⁹⁹ HÖFFE O., *Immanuel Kant*, op. cit., p. 181.

³⁰⁰ SANDEL M., *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, op. cit., p. 139.

³⁰¹ HÖFFE O., *Immanuel Kant*, op. cit., p. 163.

nos une es posible superar las diferencias particulares y articular un discurso afirmativo de la igual condición de cada uno como sujetos morales.

Conviene incidir, por ello, como el propio Kant lo hizo, en el carácter *formal*³⁰² ya comentado de este imperativo categórico. La noción de esta ley moral no es un criterio de actuación en sí, sino una regla que nos provee de los criterios para aquella actuación, «como una capacidad para que uno se autodetermine a obrar *conforme a la representación de ciertas leyes*»³⁰³. El imperativo funciona como filtro de estos criterios, los somete a razonabilidad y, tras su examen, serán o no válidos para la praxis. Los fines particulares que una persona se propone «son todos ellos relativos, pues sólo su relación con una peculiar capacidad desiderativa del sujeto les confiere algún valor y tampoco pueden suministrar principios necesarios que valgan para todo querer», de ahí que «sólo sean el fundamento de imperativos hipotéticos»³⁰⁴. Justamente al sustraer a la voluntad todos los fines particulares, al no dejar nada más en ella que no sea la necesidad de la máxima de conformarse con la universalidad de una ley, se obtiene la exigencia de universalizabilidad de las máximas morales como primera fórmula del imperativo categórico. Pasadas por este filtro, se rechazarán aquellas máximas cuya universalización sea contradictoria. Esto es lo que el mismo Kant enuncia como paso del “concepto” al “contenido” de un imperativo categórico y es imprescindible para comprender el significado de la construcción kantiana.

El Faktum der Vernunft

Con lo dicho hasta aquí «todavía estamos muy lejos de demostrar a priori que un imperativo semejante tiene lugar realmente, o sea, que hay una ley práctica que manda sin más»³⁰⁵. Esta insuficiencia se hace presente cuando alguien se pregunta -como el propio Kant lo hizo- por qué razón un individuo debe sentirse vinculado por aquellos principios e ideas que hemos reconocido como fundamentadores en última instancia, es decir, por qué someter nuestra voluntad al imperio del imperativo categórico. La pregunta será ahora: ¿de dónde provendrían tales principios que se presentan ante nuestra voluntad como exigencias categóricas inapelables?

³⁰² KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 20 [Ak. iv, 400].

³⁰³ KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 45 [Ak. iv, 427].

³⁰⁴ KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 45 [Ak. iv, 427].

³⁰⁵ KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 43 [Ak. iv, 425].

Al consagrar la universalidad como nota característica de la ley moral, la respuesta del filósofo de Königsberg a este interrogante parece fácil: ese principio ya se encuentra en «el conocimiento moral de la razón del hombre común»³⁰⁶. Esta representación de la ley en sí misma, que sólo tiene lugar en seres racionales, «está presente ya en la persona misma que luego actúa de acuerdo con ella»³⁰⁷. Aunque el hombre ignore el por qué, sabe distinguir entre lo que debe y no debe hacerse, entre lo que está bien y lo que está mal, entre lo que es conforme a la ley moral y lo que atenta contra ella. «Con esta brújula en la mano», añade Kant, resulta sencillo demostrar cómo «esa razón sabría distinguir muy bien cuanto es bueno, malo, conforme o contrario al deber», de modo que no se necesitaría «ni ciencia ni filosofía para saber lo que uno ha de hacer para ser honrado y bueno, e incluso para ser sabio y virtuoso»³⁰⁸.

Kant cree haber llegado a la conclusión de que la validez del principio de la moralidad no puede ser derivada de ninguna premisa ulterior. La ley de la razón no puede deducirse trascendentalmente a partir de una intuición sensible. Si, por otra parte, la posibilidad de afirmación de la ley moral no nos es dada en la experiencia, ni puede provenir de nuestro conocimiento, menos aún cabe buscar su justificación en conceptos trascendentes o intuiciones intelectuales:

«Aquí se halla entonces -dice Kant- el confin más lejano de toda indagación moral, si bien el determinarlo es también de una gran importancia para que, por un lado, la razón no busque en el entorno del mundo sensible, de un modo perjudicial para las costumbres, la motivación suprema y un interés concebible pero empírico, mas esa limitación también tiene su importancia para que, por otro lado, la razón tampoco bata impotente sus alas en el espacio para ella vacío de los conceptos trascendentes, bajo el nombre de mundo inteligible, sin moverse del sitio y extraviándose entre quimeras»³⁰⁹.

Por lo que cabe decir, con Kant, que ahí abandonamos «el fundamento de explicación filosófica sin tener ningún otro»³¹⁰, «aquí vemos a la filosofía colocada sobre un delicado criterio que debe ser firme, a pesar de no pender del cielo ni apoyarse sobre la tierra»³¹¹. Este *hecho*, que no hay que ir a buscarlo a ningún otro lado porque reside ya en nosotros, se expresa así:

³⁰⁶ KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 21 [Ak. iv, 403].

³⁰⁷ KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 19 [Ak. iv, 401].

³⁰⁸ KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., pp. 21 y 22 [Ak. iv, 404].

³⁰⁹ KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 80 [Ak. iv, 462].

³¹⁰ KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 79 [Ak. iv, 462].

³¹¹ KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 43 [Ak. iv, 425].

«La conciencia de esta ley básica puede verse llamada un *factum de la razón*, dado que no cabe inferirla de datos precedentes de la razón (...), sino que se nos impone por sí misma como una proposición sintética a priori, la cual no se funda sobre intuición alguna, ni empírica ni pura (...). Para considerar esa ley como *dada* sin dar pie a tergiversaciones, conviene subrayar que no se trata de un hecho empírico, sino del único *factum* de la razón pura, la cual se revela a través de él como originariamente legisladora (*sic volo, sic iubeo*³¹²)»³¹³.

Y más adelante añade Kant:

«La ley moral es dada como un *factum* de la razón pura del cual somos conscientes a priori (...). Por lo tanto, la realidad objetiva de la ley moral no puede verse probada por una deducción, ni tampoco por un empeño de la razón teórica subvenida especulativa o empíricamente y, por consiguiente, aun cuando se quiera renunciar a la certeza apodíctica, tampoco podría verse confirmada por la experiencia y quedar así demostrada a posteriori, pese a todo lo cual se mantiene firme por sí misma»³¹⁴.

Ese “único factum” no puede ser otra cosa que la *conciencia* de la ley moral, es decir, de la vinculación por un imperativo categórico con el que comparamos nuestras máximas de conducta y que se nos presenta como irrenunciable, no pudiendo dejar de medir nuestras máximas en él. Cuando los seres humanos configuramos algún tipo de máxima por la que decidimos obrar, somos inmediatamente conscientes de alguna versión corriente de esta ley moral: algo así como *¿y qué pasaría si todo el mundo hiciera eso?*³¹⁵. Kant habla de un “hecho” porque considera la conciencia de la ley moral «como algo real, no como algo ficticio o meramente hipotético»³¹⁶. Es un hecho incontrovertible el que en cada uno de nosotros haya una conciencia moral que nos obliga incondicionadamente. De ahí que pueda decirse que «el imperativo categórico es un *factum* de la razón. Por eso la razón puede ser prescriptiva y prescribir para todos, porque no depende de nada contingente ni perecedero. Cada persona puede descubrir en su interior la ley que constituye el núcleo del deber ser moral»³¹⁷.

³¹² Se evoca al célebre adagio de Juvenal: *Hoc volo, sic iubeo, sit pro ratione voluntas* (*Sátiras*, vi, 223), o sea: “Quiero esto y así lo ordeno en razón de la voluntad”.

³¹³ KANT I., *Crítica de la razón práctica*, trad. de Roberto R. Aramayo y estud. introd. de Maximiliano Hernández Marcos, Gredos, Madrid, 2010, p. 116 [Ak. v, 31].

³¹⁴ KANT I., *Crítica de la razón práctica*, op. cit., p. 132 [Ak. v, 47].

³¹⁵ Es el interrogante que ejemplificaría cómo funciona en cada uno de nosotros el hecho de la razón, según lo interpreta KITCHER P., “Un argumento kantiano para la Fórmula de la Humanidad”, en *Kant y los retos práctico-morales de la actualidad*, Daniela Alegría y Paula Órdenes (coords.), Tecnos, Madrid, 2017, p. 36.

³¹⁶ HÖFFE O., *Immanuel Kant*, op. cit., p. 189.

³¹⁷ CAMPS V., *La fragilidad de una ética liberal*, op. cit., p. 18.

Las críticas a la formulación de un “hecho de la razón”, como algo *dado*, que funcionó en Kant como clave de bóveda de su ética y, a la vez, como escapatoria a problemas quizás irresolubles, son fácilmente imaginables; problemas que, como dice Höffe, «aún no han encontrado una solución suficiente»³¹⁸. Tales críticas podrían reconducirse a la ineficacia de acudir a la concepción del “hecho de la razón” para contestar satisfactoriamente la pregunta a la que va dirigida. Pues este *hecho* no prueba que todos debamos reconocer el imperativo categórico como norma fundamental de nuestra voluntad, sino que, a lo más, explica por qué la exigencia de su reconocimiento aparece en nosotros como algo impuesto necesariamente. El propio Kant asumió la imposibilidad de encontrar premisas ulteriores desde las que puedan seguir construyéndose argumentos de fundamentación. Sin embargo, aunque el filósofo de Königsberg pareciera haber renunciado a una fundamentación explícita y confesar que no tiene modo de argüir en contrario, su aportación al formular el “hecho de la razón”, lejos de ser una carencia, contiene una de las conclusiones más importantes de toda su filosofía: el principio fundamental de la moral no puede deducirse o fundamentarse, a su vez, ni desde el conocimiento de lo que está más allá de los hechos, ni desde la apelación a otra voluntad distinta a la del propio hombre, ni desde cualesquiera fines, intereses o recuento de voluntades diferentes a los que el propio hombre se da para sí; es decir, desde ninguna “realidad” natural o metafísica. Sólo en el ser humano, y desde él, caben determinarse las posibilidades para un obrar moral:

«El hecho de la razón, nuestra conciencia compartida de la ley moral como supremamente autoritativa, es el hecho básico del que deben partir nuestro conocimiento y nuestra concepción de nosotros mismos como libres»³¹⁹.

Este *faktum der vernunft* nos revela a través de nuestra conciencia moral «que estamos sujetos a obligaciones incondicionales. Y como sabemos que estamos sujetos a tales obligaciones, también sabemos que podemos hacer lo que estamos obligados a hacer»³²⁰. Por ello Kant considera el “hecho de la razón” como algo incontrovertible, irrefutable. Para confirmarlo bastaría con analizar el juicio que todo hombre puede hacer sobre la rectitud de sus acciones. En cada uno de nosotros hay una voz interior (una

³¹⁸ HÖFFE O., *Immanuel Kant*, op. cit., p. 188.

³¹⁹ RAWLS J., *Lectures on the History of Moral Philosophy*, Harvard University Press, Cambridge, 2000. Cito por la traducción al castellano de Andrés de Francisco, *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*, Paidós, Barcelona, 2007, pp. 324 y 325.

³²⁰ SCHNEEWIND J.B., “Autonomy, obligation and virtue: an overview of Kant’s moral philosophy”, en *The Cambridge Companion to Kant*, Paul Guyer (ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 1992, p. 330.

conciencia moral) que nos dice lo que está bien y lo que está mal. De esta manera «el hombre tiene conciencia con máxima claridad»³²¹ de lo que *debe* hacer en cada momento. Por eso cuando se pregunta a sí mismo cuál es su deber en un caso concreto «no titubea en absoluto sobre la respuesta que ha de darse a sí mismo, sino que sabe de inmediato y con toda certeza lo que ha de hacer». Y sabe de inmediato que *debe* cumplir con su *deber* porque así «está escrito en el alma del hombre con los más gruesos y legibles caracteres»³²².

Nótese que este “hecho de la razón” convertiría a la ley moral kantiana en un pariente demasiado cercano de la ley natural del iusnaturalismo. El Imperativo categórico guardaría un fuerte parecido con los caracteres de absolutez y evidencia que detenta la ley natural:

«Cada individuo -dice Papacchini- capaz de escuchar la voz de la razón, a pesar de la interferencia de las pasiones, debería poder percibir el carácter apodíctico e incondicionado de este imperativo de respetar la humanidad como fin en sí y de no tratar a los humanos como meros medios. El mandato de la dignidad sería tan universal y absoluto como la prohibición de matar o evitar el incesto. El derecho a un trato digno se fundamentaría así en una ley que nos obliga de manera inapelable y absoluta, cuyo mandato resuena en la conciencia de todo ser humano»³²³.

Sin embargo, ese conocimiento vulgar que todo hombre puede tener de su deber, del correcto obrar, no es suficiente, pues «el hombre siente dentro de sí mismo un poderoso contrapeso frente a todos los mandatos del deber»³²⁴. Siente inclinaciones que le hacen apartarse de los dictados de la recta razón y se degrada cuando se comporta, olvidándose de su diferencia con los restantes animales, utilizando su razón únicamente para la satisfacción de sus instintos³²⁵. Dado que la voluntad no siempre sigue a la razón, y se encamina a satisfacer necesidades engañosas que «la razón le representa tan dignas de respeto»³²⁶, hace falta una ley que guíe a la razón por el buen obrar, apartándola del arrastre al que le incita «una gran tentación para transgredir los deberes»³²⁷. Por eso, porque la voluntad, de hecho, está escindida entre el impulso sensible y el mandato

³²¹ KANT I., *En torno al tópico: eso vale para la teoría pero no sirve de nada en la práctica*, trad. de Roberto Rodríguez Aramayo y estudio introductorio de Maximiliano Hernández, Gredos, Madrid, 2010, p. 267 [Ak. viii, 284].

³²² KANT I., *En torno al tópico: eso vale para la teoría pero no sirve de nada en la práctica*, op. cit., p. 270 [Ak. viii, 287].

³²³ PAPACCHINI A., *Filosofía y Derechos Humanos*, op. cit., p. 229.

³²⁴ KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 23 [Ak. iv, 405].

³²⁵ GUISÁN E., *Immanuel Kant: una visión masculina de la ética*, op. cit., p. 172.

³²⁶ KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 23 [Ak. iv, 405].

³²⁷ KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 17 [Ak. iv, 399].

racional, éste tiene que imponérsele al sujeto bajo la fórmula del imperativo que es, al fin y al cabo, una orden. Pero que, al ser susceptible de ser seguida, endereza nuestra voluntad hacia un obrar racional. Es necesario, pues, «que la razón dé órdenes a una voluntad no siempre dócil y que puede rebelarse. Por esto la ley moral toma en nosotros la forma coercitiva de un imperativo»³²⁸. Que nuestros deseos e inclinaciones interfieren en nuestro obrar es inevitable, lo problemático es que lo acaben determinando:

«Deseo es la capacidad de hacer o dejar de hacer en tanto el fundamento de la determinación se encuentra en el sujeto y no en el objeto. Tenemos aquí la expresión elemental de la vida. Si esta capacidad se hace consciente, es el arbitrio. Cuando el fundamento de la determinación del arbitrio se encuentra en la razón del sujeto, es la voluntad. Voluntad es así la expresión racional del deseo consciente. Pues bien, las inclinaciones del hombre, los apetitos propios, sus instintos y disposiciones, todo esto afecta al arbitrio, al deseo consciente, pero no lo determina»³²⁹.

Por eso podemos decir que los primigenios instintos que cada uno tiene no son inmediatamente ya voluntad, es decir, que nuestra voluntad no responde directamente a nuestros instintos, sino que existe un proceso de reflexión en el que el hombre madura sus inclinaciones, produciendo razones y motivos. De ahí que el hombre no actúe necesariamente por estímulos, sino por razones y motivos, pero para que éstos se impongan a aquellos y guíen nuestro obrar hace falta una buena voluntad que conduzca esa reflexión. Esto es lo peculiar del ser humano: que puede decidir llevar a cabo una acción movido por motivos o por estímulos. Lo que ocurre es que cuando nuestra actuación se fundamenta únicamente en estímulos aparece el «desorden humano» ya que «los estímulos están mucho más cerca de ser móviles que los motivos»³³⁰. Y es cierto que muchas veces nos dejamos arrastrar por nuestros estímulos e inclinaciones primarias apartándonos de un obrar basado en razones y contradiciendo el saber acumulado que nos dicta la experiencia. Los estímulos son móviles por sí mismos, los motivos en cambio deben llegar a serlo tras el debido proceso de reflexión. Dichos estímulos aparecerán en el curso de nuestra reflexión y lo que tiene que hacer nuestra voluntad, para que aquellos no se conviertan en móviles y dominen nuestra acción, no es eliminarlos sino administrarlos racionalmente:

«Los motivos no tienen por qué eliminar los deseos. Deben simplemente hacerlos conscientes y reflexivos, impedir que por sí mismos e inmediatamente se convierta en móviles reales. Voluntad

³²⁸ FERRARI J., *Kant o la invención del hombre*, op. cit., p. 105.

³²⁹ VILLACAÑAS J.L., *Kant*, op. cit., p. 334.

³³⁰ VILLACAÑAS J.L., *Kant*, op. cit., p. 335.

no es eliminación del deseo, sino deseo consciente. Motivos no son eliminación del deseo, sino administración racional del mismo»³³¹.

Lo que nos interesa retener de todo lo anterior es que este principio general de universalidad de una máxima no es una concesión gratuita. Como criterio de racionalidad en el obrar, el sentido de su aplicación estriba en preservar o promover siempre el uso de la razón misma para regir el destino de los hombres. La sola forma universalizable de la voluntad como fundamento de la acción dota de por sí a la praxis de un contenido o materia. Por ello, es una fórmula restrictiva, que apuesta por un determinado tipo de comportamiento concreto. Y ese comportamiento (contenido material) no es otro que la racionalidad misma convertida en objeto del querer y del obrar, y reconocida de este modo como intrínsecamente buena, como el genuino y único bien moral, cuya búsqueda distingue cualitativamente al hombre en medio de todos los seres naturales. Esta condición limitativa es, sencillamente, la exigencia de no instrumentalización del ser humano, en cualquiera de sus relaciones cotidianas, sea consigo mismo o sea en el trato hacia los demás. Todos los comportamientos y fines que el hombre se proponga son, por consiguiente, igualmente válidos y admisibles mientras no impliquen un uso exclusivamente instrumental del propio agente o de cualquier otra persona.

Entonces, ¿qué es lo que puede querer la voluntad como un valor absoluto y no como un medio para alcanzar otra cosa? Lo que debe querer la voluntad no puede ser un fin personal ni contingente, sino algo universalizable, válido para el sujeto que obra y también querido para cualquier otro. Ese objeto del querer de la voluntad no puede ser otro que el ser humano mismo. El principio que inspira a una voluntad absolutamente buena, a la voluntad recta, por encima de cualquier otra cosa, es la humanidad.

3.3. La dignidad humana a través de la segunda formulación del imperativo categórico: la idea de humanidad.

El atractivo que despierta la segunda formulación del imperativo categórico es el distinto plano en que se sitúa el agente moral, que pasa a ser sujeto pasivo, frente al papel

³³¹ VILLACANAS J.L., *Kant*, op. cit., p. 335. De hecho cuando los estímulos, inclinaciones y deseos desatados se han apoderado totalmente de nosotros, ya no queda espacio para la voluntad. Cuando “un deseo o una inclinación se eleva a centro de convergencia de la conducta habilidosa es lo que Kant llama pasión”. Son apetitos desordenados que se han elevado a centro de nuestra existencia, han convertido en fin último lo que era una inclinación o deseo que “se ha conservado y fortalecido hasta hacerse habitual en el sujeto” y es su “mayor perjuicio contra la libertad”. VILLACANAS J.L., *Kant*, op. cit., pp. 343 y 344.

activo que asume en la primera y tercera formulaciones. Al final del argumento central de la *Fundamentación*, Kant hace un repaso de las fórmulas y resume las principales conclusiones. Comienza este recuento señalando que «las tres citadas maneras de representarse el principio de la moralidad sólo son en el fondo otras tantas fórmulas de una misma ley, cada una de las cuales incorpora dentro de sí a las otras dos»³³². Como señala Rawls, en su detallado análisis de los imperativos categóricos kantianos, «sólo hay un imperativo categórico con tres formulaciones que son de algún modo equivalentes. El problema es que esas formulaciones no son iguales»³³³. Una de las razones más importantes de tal diferencia es precisamente ese punto de vista que adopta el agente en cada formulación:

«En la primera formulación (en la que usamos la fórmula de la ley de la naturaleza) contemplamos la situación moral desde el punto de vista del agente (...). Al concebirnos como sometidos a exigencias morales, queremos comprobar si es permisible que obremos según nuestras máximas. En la segunda formulación, empero, el imperativo categórico nos hace concebirnos, a nosotros mismos y a las demás personas, como afectados por la acción que nos proponemos llevar a cabo. Esto es, nosotros y los demás nos concebimos como pasivos (...). En la tercera formulación (la de la autonomía) volvemos de nuevo al punto de vista del agente, pero esta vez no como alguien sometido a exigencias morales, sino como alguien que está, como si dijéramos, legislando una ley universal»³³⁴.

La segunda formulación se liga directamente con «la diferencia radical y cualitativa entre personas y cosas, entre los entes que pueden ser objeto de manipulación y los entes que merecen respeto y consideración»³³⁵. No podremos utilizar a los demás para nuestros fines de poder o placer, como si fueran meras cosas sometidas a nuestro antojo. Los demás seres humanos poseen, como cada uno de nosotros, una finalidad en sí indisponible. Esta segunda fórmula del imperativo categórico nos hace, por tanto, a cada uno y a los demás quedar sujetos a la ley moral:

«Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca simplemente como medio»³³⁶.

³³² KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 53 [Ak. iv, 436].

³³³ RAWLS J., *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*, op. cit., p. 233.

³³⁴ RAWLS J., *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*, op. cit., p. 235.

³³⁵ PAPACCHINI A., *Filosofía y Derechos Humanos*, op. cit., p. 224.

³³⁶ KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 47 [Ak. iv, 429]. Para el profesor Manuel Garrido «la primera formulación del imperativo categórico nos presenta a esa moral como una ética del deber y de la obligación, como una deontología. Pero la segunda formulación del imperativo categórico, inspirada en la idea de humanidad, le da a dicha moral un rostro, valga la redundancia, más humano, más altruista y solidario. Y la tercera formulación, que proclama la autonomía de la voluntad y

Esta máxima, en lenguaje más prosaico, nos compele al respeto hacia uno mismo como persona, a respetar a los otros y a la humanidad en general, como deber moral supremo que ha de servir de criterio para todos los demás deberes. Cuando no tratamos a los demás meramente como un medio, sino como fines en sí mismos, como personas que merecen respeto, sean cuales sean sus circunstancias subjetivas, entonces estamos respetando la dignidad de cada individuo y la de la humanidad como tal. Establece así Kant «firmemente la conexión entre la idea de dignidad de la persona y el respeto al otro. El fundamento de la dignidad reside para él en la condición de agente moral como autolegisador universal, sujeto a la ley que él mismo se da»³³⁷.

Conviene aclarar que la fórmula kantiana no excluye de manera radical cualquier clase de instrumentalización o manipulación: lo que nos prohíbe es tratar al ser humano *simplemente como medio*. Es decir, lo que resulta incompatible es usar a la persona exclusivamente como medio. Podemos pensar que, en una sociedad como la nuestra, no usar nunca a nadie como medio es algo utópico, puesto que a diario nos vemos obligados a recurrir a los servicios de otras personas para satisfacer nuestros fines. Esto podría sugerir la idea de que existe una «instrumentalización permitida dentro de ciertos límites. Habría una manipulación legítima, que no viola la dignidad, y otra que en cambio la viola»³³⁸. Lo inmoral sería olvidar por completo que estos otros individuos que nos brindan un servicio son, también, seres libres y no meros instrumentos.

Nos respetamos como fines, como seres que tienen en sí mismos un proyecto vital, cuando estamos respetando, a su vez, el proyecto del otro también como fin en sí mismo. Y esto significa para Kant que «los hombres -yo y los demás- no tienen valor como efecto de nuestra acción de usarlos, sino que tienen valor ya antes incluso de nuestro uso recíproco. No son fines subjetivos, para nosotros, dependientes de nuestro interés en

pone a ésta en conexión con el reino de los fines, abre la puerta a una ética de la esperanza en una futura instalación de ese reino en la política y en la historia”. GARRIDO M., “Puntos vulnerables del proyecto ético de Kant”, en KANT I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, ed. de Manuel Garrido y trad. de Manuel García Morente, Tecnos, Madrid, 1ª ed. 2005 (reimpr. 2009), p. 208.

³³⁷ CEREZO GALÁN P., “Tolerancia”, en *Democracia y virtudes cívicas*, Pedro Cerezo Galán (ed.), Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, p. 204.

³³⁸ PAPACCHINI A., *Filosofía y Derechos Humanos*, op. cit., p. 225. El profesor Angelo Papacchini pone el ejemplo de cómo una relación de trabajo esclavista violaría tal principio, mientras que “las relaciones laborales obrero-patrón, basadas en un contrato libre, se mantendrían dentro de los límites de la instrumentalización permitida. De manera análoga, en el terreno de vida sexual sería posible diferenciar las relaciones basadas exclusivamente en el deseo unilateral de placer y en la sumisión del otro, de aquellas otras en las que el recurso a otro ser humano para satisfacer las necesidades eróticas no desconoce su valor como persona libre, su albedrío y su dignidad”, p. 226.

usarlos, sino que son fines objetivos. Tienen valor absoluto, no concedido por el uso, sino por el hecho de tener voluntad, seres que se proponen a sí mismos como fines»³³⁹.

Los fines a realizar son, para Kant, fines particulares, fines únicamente relativos. Y de ahí que, según él, dichos fines sólo puedan servir de fundamento a imperativos hipotéticos «como medio para conseguir alguna otra cosa que se quiere»³⁴⁰. Pero si el fin es objetivo, último o independiente no puede requerir menos que un imperativo categórico por ser «el que representaría una acción como objetivamente necesaria por sí misma, sin referencia a ningún otro fin»³⁴¹. Mientras que los fines relativos no pasarían de constituir fines subjetivos como lo son los que cualquiera de nosotros nos propongamos realizar, los hombres como fines, esto es, las “personas”, son llamadas por Kant “fines objetivos”:

«Los seres cuya existencia no descansa en nuestra voluntad, sino en la naturaleza, tienen sólo un valor relativo como medio, siempre que sean seres irracionales y por eso se llaman *cosas*; en cambio los seres racionales reciben el nombre de *personas* porque su naturaleza los destaca ya como fines en sí mismos, o sea, como algo que no cabe ser utilizado simplemente como medio y restringe así cualquier arbitrariedad (al constituir un objeto de respeto). Las personas, por lo tanto, no son meros fines subjetivos cuya existencia tiene un valor *para nosotros* como efecto de nuestra acción, sino que constituyen *fines objetivos*, es decir, cosas cuya existencia supone un fin en sí mismo»³⁴².

Si el hombre *no es un fin a realizar*, sino *un fin en sí mismo*, la pregunta que de ello se sigue es automática: ¿Qué es lo que es *fin* en sí mismo?, ¿Qué debe entenderse a este respecto por *humanidad* en nuestra persona o en la de otros? Cuando Kant dice que la persona «es un fin en sí mismo (un fin absoluto) quiere decir que, en cierto sentido el hombre queda fuera de toda cadena causal y, por lo tanto, fuera de toda jerarquía de medios y fines»³⁴³. Un hombre no puede usar a otros hombres como medios para sus fines. El hombre no puede ser usado para ese tipo de tratos: «el hombre es, pues, el fin supremo del hombre», o abreviando la segunda fórmula, «que el hombre sea para ti siempre hombre y no cosa»³⁴⁴.

³³⁹ VILLACANA J.L., *Kant*, op. cit., p. 363.

³⁴⁰ KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 32 [Ak. iv, 414].

³⁴¹ KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 32 [Ak. iv, 414].

³⁴² KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 46 [Ak. iv, 428].

³⁴³ KÖRNER S., *Kant*, trad. de Ignacio Zapata Tellechea, Alianza Editorial, 1977 (4ª reimpr. 1995), p. 133.

³⁴⁴ GARCÍA MORENTE M., *La Filosofía de Kant. Una introducción a la filosofía*, op. cit., p. 188.

Lo que distingue entonces al hombre es su capacidad de proponerse fines a sí mismo como fundamentos de su acción, fines que son últimos y no están sometidos a ninguna relación causa-efecto ni sirven de medios para otro. Es esta capacidad o libertad la que le da su *dignidad* al situarlo por encima de cualquier *precio*:

«En el lugar de lo que tiene un precio puede ser colocado algo equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y no se presta a equivalencia alguna, eso posee una dignidad (...) Lo que constituye la única condición bajo la cual puede algo ser un fin en sí mismo, no posee simplemente un valor relativo, o sea, un precio, sino un valor intrínseco: la dignidad»³⁴⁵.

Lo que Kant nos está recordando es que los hombres, en tanto que poseedores de humanidad, «tienen dignidad y no precio, deben tomarse siempre de manera que quede a salvo su condición de fines en sí mismos»³⁴⁶. Hay algo que está fuera del mercado, que «no entra en el tráfico de mercancías, porque no es mercancía. Hay algo que no tiene precio, sino dignidad»³⁴⁷. Al expresar Kant que *la humanidad misma es una dignidad* está introduciendo, en conexión directa con la noción de fin en sí mismo, la idea de dignidad de la persona humana:

«La humanidad misma es una dignidad; porque el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como fin, y en esto consiste precisamente su dignidad (la personalidad), en virtud de la cual se eleva sobre todos los demás seres del mundo que no son hombres y sí que pueden utilizarse, por consiguiente, se eleva sobre todas las cosas. Así pues, de igual modo que él no puede autoenajenarse por ningún precio (lo cual se opondría al deber de la autoestima), tampoco puede obrar en contra de la autoestima de los demás como hombres, que es igualmente necesaria; es decir, que está obligado a reconocer prácticamente la dignidad de la humanidad en todos los demás hombres, con lo cual reside en él un deber que se refiere al respeto que se ha de profesar necesariamente a cualquier otro hombre»³⁴⁸.

H. J. Paton fue uno de los más autorizados expertos del pasado siglo XX en el pensamiento ético kantiano. Su obra *The Moral Law* sigue editándose, como comentario anejo a la *Fundamentación*, desde 1947 por Hutchinson University Library y por Routledge desde 1991. Allí sobre esta dignidad en el sentido de Kant podemos leer:

³⁴⁵ KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 52 [Ak. iv, 435].

³⁴⁶ GÓMEZ CAFFARENA J., “La conexión de la política con la ética (¿Logrará la paloma guiar a la serpiente?)”, en *La paz y el ideal cosmopolita de la Ilustración. A propósito del bicentenario de Hacia la Paz Perpetua de Kant*, Roberto R. Aramayo, Javier Muguerza y Concha Roldán (eds.), Tecnos, Madrid, 1996, p. 68.

³⁴⁷ CORTINA A., “Dignidad y no precio: más allá del economicismo”, en *Esplendor y miseria de la ética kantiana*, E. Guisán (comp.), Anthropos, Barcelona, 1ª ed. 1988, p. 146.

³⁴⁸ KANT I., *La Metafísica de las Costumbres*, op. cit., pp. 335-336 [ed. de la Academia: Ak. vi, 462].

«Una cosa tiene un precio si es posible encontrar un sustituto o equivalente de ella. Tiene dignidad o excelencia si no admite ningún equivalente. Sólo la moralidad o virtud tienen dignidad -y la humanidad en la medida en que sea capaz de moralidad-. En este sentido, no puede ser comparada con las cosas que tienen valor económico (un precio de mercado), o ni siquiera con las cosas que tienen valor estético (un precio del gusto)»³⁴⁹.

Entre lo que tiene *precio* y lo que posee *dignidad* «la ética kantiana traza una gruesa línea divisoria entre ambas definiciones»³⁵⁰. El filósofo prusiano entiende por “humanidad” en el hombre, sencillamente, su libertad, que es tanto independencia de las leyes de la naturaleza, cuanto autonomía de los principios de determinación de su acción. Podemos pensar que somos libres cuando decidimos satisfacer nuestras preferencias. Pero el concepto de libertad de Kant es más exigente. Su idea es que, cuando satisfacemos nuestras preferencias, no estamos actuando libremente, sino conforme a una determinación que nos ha sido dada desde fuera. Somos instrumentos, no autores, de lo que perseguimos. En cambio, «cuando actuamos autónomamente, según una ley que nos damos a nosotros mismos, si hacemos algo, será por lo que es, como un fin en sí mismo. Dejamos de ser instrumentos de fines dados fuera de nosotros mismos. Esta capacidad de actuar autónomamente es lo que confiere a la vida humana su especial dignidad. Establece la diferencia entre las personas y las cosas. Para Kant, respetar la dignidad humana significa tratar a las personas como fines en sí mismas»³⁵¹.

Por ello también decimos que esta “humanidad” es la que hace al hombre *sujeto de todos los fines posibles*, que lo son solamente porque la voluntad se los propone o adopta como tales, y en esto consiste su condición de voluntad libre: «la dignidad de la humanidad consiste justo en esa capacidad para dar leyes universales»³⁵². El sujeto dotado de esa capacidad de proponerse fines «no puede ser otro que el propio sujeto de todos los fines posibles»³⁵³. Y este sujeto de los fines, o sea, el propio ser racional, «tiene que ser colocado como fundamento de todas las máximas de las acciones nunca simplemente

³⁴⁹ PATON H.J., *The Moral Law*, Hutchinson University Library, London, 1948, p. 35. Y PATON H.J., *The Moral Law*, Routledge, Oxford, 2005, pp. 31 y 32.

³⁵⁰ CASSIRER E., “Kant y Rousseau”, en *Rousseau, Kant, Goethe. Filosofía y cultura en la Europa del Siglo de las Luces*, ed. de Roberto R. Aramayo y trad. castellana de Roberto R. Aramayo y Salvador Mas, colección de Breviarios del Fondo de Cultura Económica, México, 2007 (1ª reimpr. 2014), p. 169.

³⁵¹ SANDEL M., *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, op. cit., p. 129.

³⁵² KANT I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, op. cit. [Ak. iv, 440], p. 57.

³⁵³ KANT I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, op. cit. [Ak. iv, 437], p. 55.

como medio, sino como suprema condición restrictiva en el uso de todos los medios, es decir, siempre y simultáneamente como fin»³⁵⁴.

Queda entonces claro que «la capacidad de proponerse en general algún fin es lo característico de la humanidad (a diferencia de la animalidad)»³⁵⁵. Esta capacidad «es lo que distingue a un ser racional como el hombre de los seres naturales como los animales, que se rigen por leyes dadas por la naturaleza y no por leyes concebidas por cuenta propia»³⁵⁶. La humanidad se identifica entonces con aquel rasgo de la especie humana que la distingue de otros seres sintientes. Y esta capacidad propiamente humana -y ausente en los no humanos- es la *racionalidad moral*. Como somos poseedores de esta capacidad «estamos obligados a respetar en cada uno de los seres humanos este rasgo específico que nos coloca muy por encima de los demás seres vivientes»³⁵⁷. Explica Rawls que «Kant entiende por humanidad aquellas de nuestras facultades y capacidades que nos caracterizan como personas razonables y racionales que pertenecen al mundo natural (...). Estas facultades incluyen, primero, las de la personalidad moral, que hace posible que tengamos una buena voluntad y un buen carácter moral; y, segundo, aquellas capacidades y habilidades que ha de desarrollar la cultura: mediante las artes y las ciencias y cosas similares»³⁵⁸. Las facultades propias de la humanidad kantiana son, por tanto, de dos tipos: morales e intelectuales. Las primeras nos constituyen como seres de buena voluntad ya que «es la presencia de la ley moral en el corazón del hombre la que le manifiesta su independencia con respecto a la animalidad»³⁵⁹ y las segundas enraízan con la cultura. La combinación de ambas distingue al hombre, como ser racional, dotado de dignidad, del resto de criaturas. Ensalzar de este modo la capacidad de juicio moral como lo definitorio y propio del ser humano, olvidando otras capacidades también típicamente humanas sin cuya salvaguarda no podremos entender protegida la dignidad, será lo que

³⁵⁴ KANT I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, op. cit. [Ak. iv, 438], p. 55.

³⁵⁵ KANT I., *La Metafísica de las Costumbres*, op. cit., p. 245 [Ak. vi, 392].

³⁵⁶ HÖFFE O., *Immanuel Kant*, op. cit., p. 164.

³⁵⁷ PAPACCHINI A., *Filosofía y Derechos Humanos*, op. cit., p. 226.

³⁵⁸ RAWLS J., *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*, op. cit., p. 241. Nótese que, en Kant, la humanidad no constituye un producto acabado, es una actividad o empresa a desarrollar, a cultivar continuamente, un “deber de hacerse digno de la humanidad por medio de la cultura en general, el deber de procurarse o de fomentar la *capacidad* de realizar todos los fines posibles, en cuanto ésta sólo se encuentra en el hombre; es decir, un deber de cultivar las disposiciones incultas de su naturaleza, como aquello a través de lo cual el animal se eleva a hombre”. KANT I., *La Metafísica de las Costumbres*, op. cit., p. 245 [Ak. vi, 392].

³⁵⁹ FERRARI J., *Kant o la invención del hombre*, op. cit., p. 117.

constituya la crítica contemporánea -que veremos más adelante- que dirigirán a dicha idea kantiana autores como Martha C. Nussbaum.

Cualquier explicación del principio de humanidad desemboca, como vemos, de una u otra forma, en la consideración del individuo humano en tanto autónomo o sujeto de libertad, ya que «según Kant sólo soy libre cuando mi voluntad está determinada autónomamente, gobernada por una ley que me doy a mí mismo»³⁶⁰. Por eso leemos en la *Crítica de la razón práctica* que, al ser el hombre el «sujeto de la ley moral», esta ley moral «se funda sobre la autonomía de su voluntad como una voluntad libre que, con arreglo a sus leyes universales, debe poder *estar de acuerdo* con aquello a lo cual debe *someterse*»³⁶¹. Por ello, «sólo el ser humano, y con él cualquier criatura racional, supone un *fin en sí mismo*. Él es el sujeto de la ley moral, que es sacrosanta, gracias a la autonomía de su libertad. A ello se debe que cada voluntad (...) se quede limitada por la condición de coincidir con la *autonomía* del ente racional, a saber, no someterlo a ningún propósito que sea imposible según una ley emanada de la voluntad del sujeto paciente y, por lo tanto, no utilizarlo nunca simplemente como medio sin considerarlo al mismo tiempo cual si fuera un fin en sí mismo»³⁶². Por ello desde Kant el hombre entiende que «libertad significa autonomía, capacidad a disponer de sí, de determinar por sí mismo el sentido y el valor de su existencia, a elegir, en suma, su forma de vida»³⁶³.

La autonomía del ser racional respecto de los principios de su acción se constituye, así, en el motivo último de la segunda fórmula kantiana. La idea de autonomía es traída aquí, por lo tanto, al ámbito de las interrelaciones entre seres humanos, en las que cada uno deberá ser considerado por los otros como sujeto de libertad. El principio de la humanidad conduce, entonces, a la idea de *autonomía* que, por su importancia primordial y su fuerza explicativa propia, se enuncia separadamente como una tercera formulación del imperativo categórico. Esta idea es, reitera Kant, la que, «en la relación de los seres racionales entre sí», permite pensar la voluntad de un ser racional «como fin en sí mismo»³⁶⁴:

«El sujeto de todos los fines es cualquier ser racional como fin en sí mismo, con arreglo al segundo principio; de aquí se sigue ahora el tercer principio práctico de la voluntad, como suprema

³⁶⁰ SANDEL M., *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, op. cit., p. 136.

³⁶¹ KANT I., *Crítica de la razón práctica*, op. cit., p. 220 [Ak. v, 132].

³⁶² KANT I., *Crítica de la razón práctica*, op. cit., pp. 174 y 175 [Ak. v, 87].

³⁶³ CEREZO GALÁN P., *Tolerancia*, op. cit., p. 203.

³⁶⁴ KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 52 [Ak. iv, 434].

condición de la concordancia de la voluntad con la razón práctica universal, la idea de la *voluntad de cualquier ser racional como una voluntad que legisla universalmente*»³⁶⁵.

3.4. Dignidad y autonomía.

La autonomía es la que hace a una persona sujeto de la ley moral: «la autonomía es el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional»³⁶⁶. La autonomía hace ya acto de presencia en relación con la dignidad humana, siendo la autonomía «para Kant la gloria de nuestra libertad y el sello de nuestra dignidad»³⁶⁷. Cabe afirmar que la autonomía es «condición y único posible origen de principios morales: sólo aquellos que la voluntad se da a sí misma pueden vincularla incondicionalmente»³⁶⁸. Por eso «la autonomía de la voluntad es el principio supremo de la moral: la autonomía de la voluntad es aquella modalidad de la voluntad por la que ella es una ley para sí misma (independientemente de cualquier modalidad de los objetos del querer). El principio de autonomía es por lo tanto éste: no elegir sino de tal modo que las máximas de su elección estén simultáneamente comprendidas en el mismo querer como ley universal»³⁶⁹.

Aquí Kant consagra ya como autonomía la libertad de la que habían hablado los humanistas del Renacimiento. Si en el *Discurso* de Pico encontrábamos la idea de que la dignidad del hombre consiste en vivir su propia vida en libertad, en Kant esa libertad se convierte, no en una facultad de autodeterminación arbitraria, sino «en la libertad de juzgar por uno mismo qué es correcto y qué no y, según este punto de vista personal, vivir la propia vida»³⁷⁰.

Como somos sujetos operantes en ese macro-tejido que es la humanidad, precisamente, es a través de ese operar cómo se va conformando la humanidad. La humanidad propiamente no es ni está constituida de antemano, sino que se hace y se constituye obrando moralmente, asumiendo la ley de universalidad como máxima de conducta. Pues el hombre, como especie viva, es un ser dotado ciertamente con la capacidad de la razón, pero no un ser racional ya concluido, sino que se hace racional por

³⁶⁵ KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 49 [Ak. iv, 431].

³⁶⁶ KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 53 [Ak. iv, 436].

³⁶⁷ GARRIDO M., “Una ética de la libertad”, en KANT I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, ed. de Manuel Garrido y trad. de Manuel García Morente, Tecnos, Madrid, 1ª ed. 2005 (reimpr. 2009), p. 16.

³⁶⁸ COLOMER J.L., *Immanuel Kant*, op. cit., p. 261.

³⁶⁹ KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 58 [Ak. iv, 440].

³⁷⁰ MENKE F. y POLLMANN A., *Filosofía de los Derechos Humanos*, op. cit., p. 175.

su obrar. Llegar a serlo es, por tanto, una tarea, no un hecho, un deber antes que una realidad acabada. En la medida en que ese sujeto racional se forma al darse a sí mismo su propia legislación universal y quererla siempre como fundamento del obrar, Kant entiende que se trata de un proyecto de *autonomía* del ser humano. Y por ello concluye su exposición de las diversas formulaciones del imperativo categórico en la *Fundamentación* calificando la ley moral como principio de autonomía de la voluntad.

En esto consiste precisamente que al hombre se le valore como fin, esto es, que le estamos reconociendo que «tiene la capacidad para decidir, y el deseo de llevar a cabo su decisión, la voluntad de ser centro de decisión de su conducta, de poder justificarla en base a razones, de poder desarrollarla independientemente, de poder imputarse sus propios errores y ser responsable de todos sus actos»³⁷¹. A la idea de dignidad humana le sigue así la idea de un ser racional autónomo que elige, que tiene capacidad para elegir, las leyes que se dicta a sí mismo, que se autolegisla *las máximas de su elección*. En consecuencia, «todas las máximas subjetivas deberán ajustarse a ese imperativo que dice que el deber moral es una ley autónoma, autoimpuesta y, como tal, des-interesada, no sometida a ningún interés empírico, sino sólo a un interés racional»³⁷². Cuando actúo heterónomamente, actúo conforme a determinaciones dadas fuera de mí. Actuar libremente, reconstruye Sandel, «es actuar autónomamente. Y actuar autónomamente es actuar conforme a una ley que me doy a mí mismo, no conforme a los dictados de la naturaleza o de la convención social»³⁷³. De ahí que esa ley sólo responda a los imperativos a los que ella misma se somete, pues no conoce otra autoridad distinta de aquella de donde ella misma procede. De tal modo que «sólo un ser libre puede ser ‘responsable’ de sus actuaciones»³⁷⁴. Al ser una ley autónoma, procedente del agente moral, no puede atenerse a otros dictados ajenos que la conformen heterónomamente, vengan éstos de la religión, el Derecho o de cualquier otra autoridad externa al propio sujeto. De ahí que, con razón, haya dicho Rodríguez Aramayo que «la ética de Kant no reconoce a ningún otro legislador moral que no sea el propio sujeto, quien es invitado a

³⁷¹ VILLACAÑAS J.L., *Racionalidad crítica. Introducción a la filosofía de Kant*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 195.

³⁷² CAMPS V., *Breve historia de la ética*, cap. 12: Kant. La autonomía moral, op. cit., p. 242.

³⁷³ SANDEL M., *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, op. cit., p. 127.

³⁷⁴ GÓMEZ CAFFARENA J., *Diez lecciones sobre Kant*, op. cit., p. 67.

obrar autónomamente y forjarse sus propias leyes rehuendo cualquier clase de imposición heterónoma»³⁷⁵.

Solamente esta «capacidad de obrar según leyes autopropuestas permite hablar de una verdadera voluntad»³⁷⁶. Sólo hay una voluntad que puede ser a la vez medio y fin último: ésta es la voluntad autónoma. Si el imperativo categórico puede funcionar es porque nace de la única voluntad posible, de donde él mismo emana: de uno mismo³⁷⁷. Sólo es posible la voluntad autónoma si se implican y confunden el legislador y el legislado, el que da la ley y el que la recibe. El sinfín de reglas y preceptos morales que se presentan a nuestra conciencia constantemente, y que nos ordenan y vinculan, sólo podremos encontrarlos emanados de nosotros mismos si ha sido nuestra propia voluntad la que los ha legislado. Si se presentan a nuestra conciencia como procedentes de otra instancia distinta a nuestra pura voluntad, no entenderemos por qué habrían de obligarnos ni por qué habríamos de acatarlos:

«El hombre se da a sí mismo su ley moral, y lo que llamamos “nuestro deber” no es más que la expresión de lo que nuestra voluntad -la pura, santa, ideal, que está escondida en lo más íntimo de nuestro pecho- conoce como objeto debido de la acción»³⁷⁸.

Sólo en la consideración de cada individuo como sujeto de libertad y, así, predicando su posición de “legislador”, cabe poder hablar en propiedad de un sujeto verdaderamente autónomo, no heterónomamente constituido, sino un sujeto en el que su propia voluntad es “universalmente legisladora”:

«Esta legislación tiene que poder ser encontrada en todo ser racional y tiene que poder emanar de su voluntad, cuyo principio por lo tanto es éste: no acometer ninguna acción con arreglo a otra máxima que aquella según la cual pueda compadecerse con ella el ser una ley universal y, por

³⁷⁵ RODRÍGUEZ ARAMAYO R., *Kant: entre la moral y la política*, Alianza Editorial, Madrid, 2018, p. 53.

³⁷⁶ HÖFFE O., *Immanuel Kant*, op. cit., p. 164.

³⁷⁷ Los críticos kantianos encuentran falaz esta presunta autonomía de la voluntad. Pues Kant se estaría viendo en la necesidad de admitir “la creencia en un Dios santo, que impone sobre los humanos un ideal de santidad que, dada la constitución de los seres humanos movidos por pasiones y deseos, es siempre compulsión y constricción”. Kant habría tenido buen cuidado en advertir que el hombre como autolegislador de la ley moral no obedece a ninguna otra ley que la que él se da a sí mismo. Sin embargo, “el sujeto que auto-legisla no es el yo fenoménico, el yo vivo, el hombre de carne y hueso, por decirlo unamunianamente, sino una entelequia racional, que a la postre, renegando de las miserias de la condición humana no puede sino considerar todos los deberes como mandatos del ser supremo”. GUISÁN E., *Immanuel Kant: una visión masculina de la ética*, op. cit., p. 179.

³⁷⁸ GARCÍA MORENTE M., *La Filosofía de Kant. Una introducción a la filosofía*, op. cit., p. 190.

consiguiente, sólo de tal modo que la voluntad pueda considerarse a sí misma por su máxima al mismo tiempo como universalmente legisladora»³⁷⁹.

Con ello está instaurando Kant una ética esencialmente individualista, «puramente atendida al tribunal interior de la conciencia moral», como señaló Aranguren. Este tránsito al «fuero interno» queda consagrado en Kant y «con él la instauración plenaria del individualismo moral». Cuando Kant afirma la posición del individuo como “legislador”, con preceptos que el hombre *se los da a sí mismo*, el proceso de interiorización queda enteramente cumplido toda vez que la instancia moral ante la cual debe responder el individuo no es otro tribunal distinto a él mismo, el tribunal de su conciencia:

«Es ya un juicio ante sí mismo, en el que el juez y el reo se identifican en una misma persona, el sujeto de la moral autónoma; moral que se convierte así en asunto de mérito personal, en función de la buena voluntad y nada más»³⁸⁰.

Y esta capacidad legisladora, la capacidad de proponerse fines, está distribuida por igual entre todos los seres humanos, que por ello son iguales en dignidad³⁸¹. Así, «esta dignidad tiene la fuerza de incluir a todas las personas como miembros de un posible dominio de los fines. También libra al valor de las personas de toda comparación con los valores relativos y subordinados de las cosas»³⁸². Por ello, todos somos iguales en dignidad independientemente de nuestra clase social, riqueza, trabajo o mérito. La dignidad es intrínseca a la condición humana y no dependiente de factores externos o relativos. Ésta fue la verdadera revolución que produjo Kant al pasar de «la plural noción de dignidades, compatible con la ética social orgánica de los oficios, todos los cuales son

³⁷⁹ KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 52 [Ak. iv, 434].

³⁸⁰ LÓPEZ ARANGUREN J.L., *Ética y Política*, op. cit., pp. 16 y 17.

³⁸¹ No me voy a detener en la relación dignidad-igualdad. Baste señalar que los seres humanos son iguales porque comparten la cualidad de “un valor absoluto interior” con otras personas. Por ser iguales, quedamos todos subordinados, y en el mismo plano, a la ley moral. Nuestra percepción de la igualdad está relacionada con la universalidad y la racionalidad, ya que por un lado la dignidad es una propiedad que es común entre los seres humanos, y por otro lado, porque la dignidad se fundamenta en que somos seres racionales. En virtud de la común dignidad que todos poseemos “debemos ser respetados porque somos seres humanos. Toda persona merece igual respeto en cuanto ser humano y en cuanto poseedora de dignidad. El concepto de dignidad garantiza una igualdad entre las personas al margen de las relaciones sociales de poder y subordinación y, en especial, tiende a confirmar la idea de que las personas poseen igual capacidad para desarrollar sus vidas morales”. PÉREZ TRIVIÑO J.L., *De la dignidad humana y otras cuestiones jurídico-morales*, Fontamara, México, 2007, p. 25. Un buen tratamiento del valor igualdad en relación a estos puntos puede encontrarse en CALSAMIGLIA A., “Sobre el principio de igualdad”, en *El fundamento de los derechos humanos*, Javier Muguerza y otros autores (ed. preparada por Gregorio Peces-Barba), Debate, Madrid, 1989, pp. 97-110.

³⁸² RAWLS J., *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*, op. cit., p. 267.

interdependientes en la vida de la ciudad burguesa, a la noción universal de dignidad humana, base última de toda relación social entre seres humanos»³⁸³.

Que la dignidad esté presente en todas las personas no implica que todas ellas vayan a hacer el mismo uso de su autonomía ni evita que algunos ejercieran esta capacidad deficitariamente. Pero, «a pesar de un ejercicio incorrecto de la autonomía que lleva a realizar acciones inmorales, la dignidad queda intacta. Los individuos seguimos siendo dignos aunque hagamos un uso inmoral de nuestra autonomía. Sin embargo, el mal uso de la autonomía no es gratuito: nuestra conciencia de la dignidad puede resultar dañada y, en este sentido, la percepción y evaluación de nosotros mismos como agentes que hemos realizado actos inmorales puede hacernos perder reverencia hacia nosotros mismos»³⁸⁴.

Tal es el caso de la mentira, las autolesiones o el suicidio. Estas *cuestiones casuísticas* -como Kant las llama- pueden ilustrar el mal uso de la autonomía; aunque, si bien es cierto, son ejemplos que han sido muy controvertidos³⁸⁵. Considera Kant que «la mayor violación del deber del hombre para consigo mismo, considerado únicamente como ser moral (la humanidad en su persona), es lo contrario de la veracidad: la *mentira*». La mentira es rechazo y «destrucción de la propia dignidad de hombre. Un hombre que

³⁸³ VILLACANAS J.L., “Immanuel Kant, las posibilidades de la razón”, *Estudio Introductorio a Kant*, Gredos, Madrid, 2010, p. XL.

³⁸⁴ PÉREZ TRIVIÑO J.L., *De la dignidad humana y otras cuestiones jurídico-morales*, op. cit., p. 23.

³⁸⁵ La casuística kantiana lejos de arrojar luz a su contenido teórico, es más bien confusa y provoca extrañeza. Las conclusiones que de sus ejemplos se siguen no son de fácil aceptación. Los casos concretos que Kant propone parecen burlarse de las propias obligaciones absolutas por él formuladas. Así “ningún adversario hubiera podido desacreditar más fuertemente el principio cardinal kantiano -el no considerar nunca a la persona como medio, sino siempre como fin- que lo que Kant lo hizo con su casuística”. WELZEL H., *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho natural y justicia material*, op. cit., p. 231. Para Victoria Camps, es mejor no recordar esta triste casuística “pues no contribuye sino a echar leña al fuego del tan justamente criticado rigorismo kantiano”. Estos ejemplos que afean la dignidad humana “son puro reflejo del sentir moral de la época, a saber, la moralidad cristiana más tradicional con matices de austeridad pietista que no desdichan de la ascética moral del trabajo. Al Kant que presume de prescindir de la religión para construir una moral racional y autónoma se le viene abajo la teoría en cuanto empieza a dotar de contenidos los principios morales. Al Kant ilustrado del *sapere aude* se le oscurecen de pronto las luces de la mera razón. Pues, mayormente, los vicios que aquí señala no proceden del supuesto autoconocimiento racional: se encuentran en el catecismo y llevan el nombre de pecados capitales”. CAMPS V., “La dignidad según Kant”, en *Historia, Lenguaje, Sociedad. Homenaje a Emilio Lledó*, Manuel Cruz, Miguel Á. Granada y Anna Papiol (eds.), Crítica, Barcelona, 1989, p. 418. También Esperanza Guisán achacaba a “la formación pietista de Kant el ser sin duda la causante de esa concepción desgarradora del individuo como un ser en perpetua lucha contra sus inclinaciones”. GUISÁN E., “Kant contra la felicidad personal”, en *Moral, Derecho y Política en Immanuel Kant*, Julián Carvajal Córdón (coord.), Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1999, p. 258. Sus ejemplos seguramente no fueron los más afortunados: desdibujaron su propuesta y refutaron, en gran parte, lo que él mismo pretendió afirmar. Pero creo que el mérito y grandeza de su obra no debe juzgarse, ni mucho menos, por los infortunios que le jugaron tales ejemplos.

no cree él mismo lo que dice a otro (aunque se tratara de una persona meramente ideal) tiene un valor todavía menor que si fuera simplemente una cosa»³⁸⁶. De hecho la mentira no necesita perjudicar a otros para que sea reprobable ni puede justificarse aunque persiguiera algún fin bueno, porque, por el propio modo de conseguir ese fin bueno que es a través de la mentira, su mera forma lo convierte en «un delito del hombre contra su propia persona y una bajeza que tiene que hacerle despreciable a sus propios ojos»³⁸⁷. Es más, «la falsedad, que parece estar arraigada en la naturaleza humana», merece la más seria repulsión porque una vez que aparece «se propaga también a otros hombres»³⁸⁸.

Para Kant, al igual que sucedía con las falsas promesas, «el derecho a la mentira haría imposible la vida social»³⁸⁹. Sabemos que el rigorismo del imperativo categórico kantiano, obligando al cumplimiento inquebrantable de máximas como la de no mentir, fue objeto de controversia en la famosa disputa mantenida con Benjamin Constant. Éste planteó el problema de si alguien tiene siempre derecho a la veracidad. Y ponía el ejemplo del interrogador que tiene intenciones asesinas y el interrogado quiere ocultar a su amigo mintiéndole sobre su paradero al interrogador. Constant intentaría demostrar que un caso semejante estaría poniendo en entredicho la validez incondicional de un deber de veracidad³⁹⁰.

Lo mismo puede decirse de las lesiones que el hombre se infringe a sí mismo. Como el hombre no es una cosa, sino que tiene que ser siempre considerado como fin en sí mismo, «yo no puedo disponer del hombre en mi persona para mutilarle, estropearle o matarle»³⁹¹. De acuerdo con los ejemplos propuestos por Kant, sería un uso incorrecto y deshonesto de la autonomía el «deshacerse de una parte integrante como órgano (mutilarse), por ejemplo, dar o vender un diente para implantarlo en la mandíbula de otro, o dejarse practicar la castración para poder vivir con mayor comodidad como cantante, etc.»³⁹². Porque son conductas que forman parte del suicidio y no quedan totalmente

³⁸⁶ KANT I., *La Metafísica de las Costumbres*, op. cit., pp. 290-291 [Ak. vi, 429].

³⁸⁷ KANT I., *La Metafísica de las Costumbres*, op. cit., p. 292 [Ak. vi, 430].

³⁸⁸ KANT I., *La Metafísica de las Costumbres*, op. cit., p. 293 [Ak. vi, 431].

³⁸⁹ HÖFFE O., *Immanuel Kant*, op. cit., p. 182.

³⁹⁰ Ver KANT I. y CONSTANT B., *¿Hay derecho a mentir? (la polémica Immanuel Kant-Benjamin Constant sobre la existencia de un deber incondicionado de decir la verdad)*, estud. prelim. de Gabriel Albiac y ed. de Eloy García, Tecnos, Madrid, 2012.

³⁹¹ KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 47 [Ak. iv, 429].

³⁹² KANT I., *La Metafísica de las Costumbres*, op. cit. p. 283 [Ak. vi, 423]. Kant salva de su lista de agravios a la dignidad a aquellas amputaciones que, sin perseguir ganancia, se requieren para mantener la vida. No sería así indigno la extirpación de “un órgano necrosado o que amenaza necrosis y que por ello es dañino para la vida”, op. cit., p. 283 [Ak. vi, 423].

exentas de culpa, pues es para el hombre «un deber, incluso moral, cuidar de su salud corporal»³⁹³.

De ahí que Kant se pregunte: «¿Es suicidio lanzarse a una muerte segura para salvar a la patria? ¿Tiene que considerarse el martirio voluntario, el sacrificio por la salvación del género humano en general como un acto heroico, igual que aquél? ¿Está permitido anticiparse, suicidándose, a la condena a muerte injusta de un superior?»³⁹⁴. Escuchando los principios formulados por Kant, no cabe duda de cuál sería su respuesta. Si el disponer de uno mismo como mero medio para un fin significa la denigración de la humanidad en nuestra persona, entonces todo sacrificio de la vida es un suicidio ilícito, un crimen contra la humanidad ejecutado en nuestra propia persona, que se ha convertido en medio:

«El hombre no puede enajenar su personalidad mientras haya deberes, por consiguiente, mientras viva; y es contradictorio estar autorizado a sustraerse a toda obligación, es decir, a obrar libremente como si no se necesitara ninguna autorización para esta acción. Destruir al sujeto de la moralidad en su propia persona es tanto como extirpar del mundo la moralidad misma»³⁹⁵.

Rawls no interpreta este pasaje en el sentido de que el suicidio sea siempre malo. Antes bien, nos estaría indicando que siempre se necesita una autorización moral, la cual no puede ser otorgada por los fines meramente queridos por la inclinación natural. Lo que se necesita son entonces «muy buenas razones basadas en fines obligatorios» que levanten el veto de la prohibición. Pero si no existe dicha autorización y aun así decidimos quitarnos la vida «por razones basadas en inclinaciones naturales, subordinamos nuestras facultades morales a algo meramente relativo»³⁹⁶.

Además del suicidio físico, hay una especie de suicidio moral. Se trata de la falsa humildad. Ya nos recuerda Kant que el hombre «está situado por encima de todo precio; porque como tal (*homo noumenon*) no puede valorarse sólo como medio para fines ajenos, incluso para sus propios fines, sino como fin en sí mismo, es decir, posee una *dignidad* (un valor interno absoluto), gracias a la cual infunde *respeto* hacia él a todos los demás

³⁹³ SCHULTZ U., *Inmanuel Kant*, Rowohlt Taschenbuch Verlag GmbH, Reinbek bei Hamburg, 1965. Cito por la traducción al castellano de Francisco Payarols Casas, *Kant*, Labor, Barcelona, 1971, p. 94.

³⁹⁴ KANT I., *La Metafísica de las Costumbres*, op. cit., p. 283 [Ak. vi, 423].

³⁹⁵ KANT I., *La Metafísica de las Costumbres*, op. cit., p. 282 [Ak. vi, 422].

³⁹⁶ RAWLS J., *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*, op. cit., pp. 246 y 247. Recordemos que Kant se pregunta si es malo, por ejemplo, que un gran monarca (en referencia a Federico el Grande) lleve consigo un veneno para beberlo en el momento de que se viera capturado y obligado a aceptar condiciones de rescate perjudiciales para su patria.

seres racionales del mundo, puede medirse con cualquier otro de esta clase y valorarse en pie de igualdad»³⁹⁷. Una persona no debe rebajarse, no puede aminorar esta dignidad que posee «humillándose y de un modo *servil* (*animo servili*), como si se tratara de un favor; no debe renunciar a su dignidad, sino mantener siempre en sí la conciencia de la sublimidad de su disposición moral»³⁹⁸. Y, para Kant, mantener esta *autoestima*, esta percepción que el hombre tiene de su propia dignidad, constituye un deber hacia sí mismo: el hombre tiene el deber de no perder reverencia ante sí. Esta conciencia del valor de uno mismo es la humildad (*humilitas moralis*). Lo que puede ocurrir es que esta comparación del valor de uno mismo con otros hombres se pretenda engrandecer, persuadiendo «de que el propio valor moral es grande», entonces esa elevación del ánimo de uno mismo se convierte en vanidad (*arrogantia*) que «puede llamarse *orgullo de la virtud* (*arrogantia moralis*)». Se trata de una falsa humildad que se proyecta únicamente para adquirir el favor de otro, es soberbia, fingimiento y adulación como exaltación exagerada de la propia personalidad. Exhibir esta humildad corrupta ante otros destruye la esencia misma de la igualdad y la dignidad humanas:

«Esta corrupción puede tener dos direcciones: o bien autoconvencerse de que en esta humillación se alcanza mayor gloria ante los ojos de Dios y de los hombres, manifestando así una soberbia ciega, o bien alcanzar el favor material de otros, a los que se halaga con la comparación. En los dos casos se trata de un carácter servil»³⁹⁹.

En cambio, sin esta arrogancia de carácter, sin esta falsa humildad que se torna en humillación por haberse utilizado uno mismo como medio para compararse elevadamente con los otros, justo en la fuente de nuestra humildad bien entendida, brota la fuente de la dignidad:

«De nuestra comparación sincera y precisa con la ley moral (con su santidad y rigor) tiene que seguirse inevitablemente una verdadera humildad: pero del hecho de que seamos capaces de tal legislación interna, del hecho de que el hombre (físico) se sienta obligado a venerar al hombre (moral) en su propia persona, tiene que seguirse a la vez la *elevación* y la suprema autoestima, como sentimiento del propio valor (*valor*) interno, según el cual el hombre no puede venderse por ningún precio (*pretium*) y posee una dignidad que no puede perder (*dignitas interna*), que le infunde respeto (*reverentia*) por sí mismo»⁴⁰⁰.

³⁹⁷ KANT I., *La Metafísica de las Costumbres*, op. cit., p. 299 [Ak. vi, 435].

³⁹⁸ KANT I., *La Metafísica de las Costumbres*, op. cit., p. 299 [Ak. vi, 435].

³⁹⁹ VILLACANA J.L., *Kant*, op. cit., p. 384.

⁴⁰⁰ KANT I., *La Metafísica de las Costumbres*, op. cit., p. 300 [Ak. vi, 436].

Para Kant «incluso en el mayor malvado persiste aún un germen de buena voluntad (...). De modo que los jueces no tienen que deshonrar a la humanidad al castigar los delitos; desde luego que se ha de castigar al bribón; pero sin vulnerar a la humanidad por medio de castigos humillantes, pues cuando se deshonra a la humanidad en cualquier otro, se está despojando al ser humano de todo valor»⁴⁰¹. Esta idea resulta de gran ayuda, señaló el profesor Angelo Papacchini, «para asegurar a todos un mínimo de respeto, en la medida en que incluso el ser más despreciable conserva este halo sagrado de humanidad que lo hace digno de un reconocimiento y de una valoración por encima de cualquier otro ser viviente»⁴⁰².

Podemos observar que el uso que las personas pueden hacer de su autonomía no es uniforme y dista mucho de ser armónico. Y en ese incumplimiento de nuestros deberes los hombres pueden envilecerse y «llegar a ser pobres como ratas»⁴⁰³. Precisamente porque tenemos libertad para decidir, cada uno puede optar por esto o aquello. Y en esa elección autónoma de cada uno pueden producirse colisiones, pues nada asegura que la elección de uno no entorpezca el curso de acción autónoma de otro. Kant no fue ajeno a esa problemática y se pregunta cómo es posible conseguir una armonía de voluntades si cada una es legisladora de sí misma y construye su propia ley, lo que puede conducir a leyes enfrentadas entre sujetos que legislan de forma opuesta. Para el cierre de ese círculo, ya conocemos la solución de Kant: la ley moral tiene que ser universal. Además de ser libre y autónoma, tienen que quererla sin excepción y coincidir en ella todos los seres racionales. Y tal condición se cumple en el reino de los fines. Somos autónomos, sí, pero lo somos para darnos una ley cuyo requisito para ser moral es que sea la misma para todos. Así pues, la autonomía de cada uno ha de llevar necesariamente a la unidad de voluntades. El reino de los fines se concibe de esta forma como la voluntad unificada de todos los hombres que no se autodeterminan por capricho, sino que se guían por el imperativo de una ley universal y racional. Si Kant quiere “*auto-nomía*” es para que *nomos* (ley) brote del *autós* (de mí), *nomos* del *autós*, «de un *autós*, eso sí, no individualista, sino situado en el reino de los fines»⁴⁰⁴. El difícil círculo queda cerrado al hacer compatibles la ley y la libertad. Son compatibles porque la ley moral es racional y autónoma: tenemos libertad para decidir lo que *queremos querer* y, a su vez, la ley moral

⁴⁰¹ KANT I., *Lecciones sobre la ética*, introd. y notas de Roberto R. Aramayo, trad. de Roberto R. Aramayo y Concha Roldán, Crítica (Grijalbo), Barcelona, 1988, pp. 240-241 [Ak. xxvii, 417-418].

⁴⁰² PAPACCHINI A., *Filosofía y Derechos Humanos*, op. cit., p. 226.

⁴⁰³ KANT I., *La Metafísica de las Costumbres*, op. cit., p. 301 [Ak. vi, 437].

⁴⁰⁴ GÓMEZ CAFFARENA J., *Diez lecciones sobre Kant*, op. cit., p. 63.

nos dice qué es lo que *debemos querer*⁴⁰⁵. Y ese querer no es más que lo que cualquier otro semejante también puede llegar a querer. Porque como imperativo categórico que es, no es en absoluto neutral, sino que contiene «un *deber hacer*, nos exige obrar de un modo determinado; y esta exigencia, a tenor del calificativo *categórico*, es la única totalmente válida»⁴⁰⁶. Ese querer *universal* ya es compatible y compartido con el querer de cualquier otro sujeto (que habrá seguido en el curso de sus decisiones la misma máxima universal). La idea de un reino de los fines expresa, por tanto, y mejor que ninguna otra idea, esta vocación de compatibilidad, de convivencia en definitiva, entre distintas voluntades todas ellas autónomas.

3.5. Dignidad y Reino de los fines.

Si la humanidad es contenido de la dignidad, y la dignidad es aquello que es fin en sí mismo, el ser humano, como poseedor de dicha propiedad (poseedor de humanidad), es fin en sí mismo, insustituible, incondicional e incomparable. Es por ello que sólo el hombre, por ser fin en sí mismo y poder darse fines a sí mismo, es el único llamado a ocupar el *reino o dominio de los fines*:

«El concepto de cada ser racional que debe ser considerado como legislando universalmente a través de todas las máximas de su voluntad, para enjuiciarse a sí mismo y a sus acciones desde ese punto de vista, conduce a un concepto inherente al mismo y muy fructífero: el de un reino de los fines. Entiendo por reino la conjunción sistemática de distintos seres racionales gracias a leyes comunes»⁴⁰⁷.

Tenemos, pues, una relación entre una pluralidad de sujetos (integrantes de ese reino) como marco de los principios morales (leyes comunes). Dos preguntas nos surgen: ¿quiénes integran ese reino? y ¿cuáles son esas leyes comunes? Por lo que se refiere a lo primero: «un ser racional pertenece al reino de los fines como miembro si legisla universalmente dentro del mismo, pero también está él mismo sometido a esas leyes. Pertenece a dicho reino como jefe cuando como legislador no está sometido a la voluntad

⁴⁰⁵ Señala Victoria Camps que “la ley interior no es cualquier ley, no es arbitraria. Es la ley que manda según el principio supremo de la moralidad (...). Quiere decir esto que la libertad interior no autoriza a cada uno a hacer lo que quiere, sino *lo que debe*. A la persona moral no le está permitido degradarse y convertirse en cosa. Comportarse dignamente es atenerse a los principios de la libertad interior o de la moralidad, haciendo que éstos se impongan a los deseos”. CAMPS V., *La dignidad según Kant*, op. cit., p. 417.

⁴⁰⁶ HÖFFE O., *Immanuel Kant*, op. cit., p. 171.

⁴⁰⁷ KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 51 [Ak. iv, 433].

de ningún otro»⁴⁰⁸. Lo que nos interesa destacar es que «los fines de los demás, si son moralmente permisibles, establecen límites a los fines que nosotros mismos podemos perseguir»⁴⁰⁹. Si bien debemos respetar los fines de los demás, también podemos considerar que contribuyen a nuestros propios fines pero sin instrumentalizarlos, haciendo que los fines de ellos sean también, en parte, los míos, esto es, ayudando desde mis fines que los otros alcancen los suyos propios.

Y la segunda cuestión se respondería diciendo que la ley común es aquella según «cada cual no debe tratarse a sí mismo ni a los demás nunca simplemente como medio, sino siempre al mismo tiempo como un fin en sí mismo. Mas de aquí nace una *conjunción sistemática* de los seres racionales merced a leyes objetivas comunes, esto es, nace un reino que, como dichas leyes tienen justamente por propósito la relación de tales seres entre sí como fines y medios, puede ser llamado un reino de fines»⁴¹⁰. Esta «legislación común presenta mejor que ningún otro concepto la concepción kantiana de la moral»⁴¹¹. Al fin y al cabo, «la moralidad consiste, pues, en la relación de cualquier acción con la única legislación por medio de la cual es posible un reino de los fines»⁴¹².

De la contestación a estas dos preguntas se extraen, pues, las dos características que aparecen en la noción de “reino”: «en primer lugar, la de “unión sistemática”, lo que equivale a decir que no se trata de una mera “aglomeración”, sino de una “articulación”, de una unión realizada bajo la idea de una totalidad, y en segundo término, la de que esta “articulación” tiene lugar “gracias a leyes comunes”, es decir, según un principio abstracto de ordenación»⁴¹³.

De esta manera se obtiene un objetivo: «afirmar la voluntad propia en la medida en que respete la afirmación de la voluntad del otro -usar al otro y a mí mismo en la medida en que lo consiente mi proyecto y el proyecto autónomo y prudente que el otro *debiera* tener. Así tenemos la idea de una voluntad universal que no está en contradicción consigo misma, lo que Kant llama reino de los fines»⁴¹⁴. Kant apunta así a una organización social en la que «sólo cabe ser reconocido como fin en sí mismo en la

⁴⁰⁸ RAWLS J., *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*, op. cit., p. 265.

⁴⁰⁹ SCHNEEWIND J.B., *Autonomy, obligation and virtue: an overview of Kant's moral philosophy*, op. cit., p. 322.

⁴¹⁰ KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 51 [Ak. iv, 433].

⁴¹¹ COLOMER J.L., *Immanuel Kant*, op. cit., p. 262.

⁴¹² KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 51 [Ak. iv, 434].

⁴¹³ GONZÁLEZ VICÉN F., “La filosofía del Estado en Kant”, en *De Kant a Marx. Estudios de Historia de las Ideas*, Fernando Torres editor, Valencia, 1984, p. 42.

⁴¹⁴ VILLACANAS J.L., *Kant*, op. cit., p. 366.

medida en que se esté en conexión, como medio, con el cuerpo social, y en la que sea posible la interiorización de lo ajeno y extraño», superando la individualidad y corrigiendo «a su vez la tendencia inerte a la disgregación atomística»⁴¹⁵.

Se trata, entonces, de poner en el centro de la concepción de un mundo según el principio moral, la noción de los seres humanos como fines en sí y de hacer posible la convivencia entre la pluralidad infinita de los fines que cada uno en tanto sujeto de libertad pueda proponerse. Porque respetar a los seres racionales como fines en sí nos exige tomar en serio que van a proponerse ellos mismos sus propios fines y que se van a relacionar entre ellos a través de un enlace sistemático por “leyes objetivas comunes”, es decir, «leyes que permitan a quienes son fines en sí alcanzar sus fines subjetivos, sin impedir a los demás que también los alcancen, sino más bien fomentando que puedan hacerlo unos y otros»⁴¹⁶.

Pero en ese reino los fines llamados a integrarse son aquellos de los que se predica «su validez universal»; queda fuera de esta construcción, como el propio Kant indica, «la diversidad personal de los seres racionales y el contenido de sus fines privados»⁴¹⁷. Esta es una importante consecuencia para la práctica: el propio respeto por la autonomía del sujeto obliga a hacer abstracción de cualquier referencia a objetivos personales o privados que en su experiencia él pudiera desear. Los fines privados, al carecer de la nota de universalizabilidad, no pueden constituir base para la legislación común ni ser materia sobre la que ésta pudiera incidir; y, como tales, deben permanecer al margen de lo que puede ser discutido y decidido en un dominio compartido de voluntades. Sobre nuestros deseos e impulsos, que son por definición particulares, «no se puede constituir una legislación que valga universalmente»⁴¹⁸. Con su habitual claridad lo exponía Javier Muguerza en los siguientes términos:

«Los seres racionales pertenecen a aquella asociación como *miembros* cuando son a un tiempo colegisladores de las leyes comunes que la rigen y se hallan ellos mismos sometidos a tales leyes, lo que no sólo los hace libres sino asimismo iguales entre sí. Kant no descarta que esos miembros,

⁴¹⁵ DUQUE F., “Causalidad y teleología en Kant”, en *Kant después de Kant. En el bicentenario de la Crítica de la razón práctica*, Javier Muguerza y Roberto R. Aramayo (eds.), Tecnos, Madrid, 1989, p. 307.

⁴¹⁶ CORTINA A., “El comunitarismo universalista de la filosofía kantiana”, en *Moral, Derecho y Política en Immanuel Kant*, Julián Carvajal Córdón (coord.), Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1999, p. 244.

⁴¹⁷ KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 51 [Ak. iv, 433].

⁴¹⁸ MONTERO MOLINER F., “Libertad y experiencia. La fundamentación de la libertad moral en la Crítica de la razón pura”, en *Kant después de Kant. En el bicentenario de la Crítica de la razón práctica*, Javier Muguerza y Roberto R. Aramayo (eds.), Tecnos, Madrid, 1989, p. 25.

en la medida en que detenten una serie de *diferencias personales*, puedan perseguir *finés privados*. Mas su consideración como seres racionales impone hacer abstracción de las primeras y prescindir de los segundos. Pues los fines que determinan su condición de miembros de la asociación no son los fines *relativos* que cada cual pudiera proponerse a su capricho y que, en rigor, son sólo medios para la satisfacción de este último, sino aquellos *finés en sí mismos* que, como tales, ya no podrán servir de meros medios para ningún otro fin. Pero eso es justamente lo que distingue de las *cosas* a las *personas*»⁴¹⁹.

Sólo es posible, por tanto, la *conjunción sistemática* de leyes comunes que no tengan que ver con los fines privados de los sujetos. Sobre éstos no es posible que pretendamos la unicidad de voluntades. La base de la construcción del principio de la moral según la idea del reino de los fines, una vez cerrada la puerta a los fines particulares, es la “humanidad” en cada individuo, su dignidad:

«Sólo una legislación universal y el sometimiento libre a las leyes de la autolegislación conforman el principio que hace avanzar a los hombres hacia el ideal del reino de los fines. Legislar universalmente y someterse a leyes universales de la libertad (autonomía) es lo mismo que tratar a todo hombre como fin en sí mismo. Ambas cosas excluyen el interés particular que separa a los hombres, a la vez que fomentan lo que les es común y los une»⁴²⁰.

Todo hombre será miembro de este reino legislando las leyes a las que se somete y, mediante este obrar, todo hombre que actúe moralmente contribuye a la implantación de aquel reino. Y ello se debe a que el imperativo nos ha hecho responsables de nuestras propias acciones, nos ha hecho libres. No sólo estamos sometidos al imperativo categórico, sino que también somos sus creadores. Dicho con otras palabras, «todo ser racional no sólo está sometido a la ley moral, sino que también es legislador»⁴²¹. Lo que nos está exigiendo este imperativo es que actuemos con una libertad tal que la ley según la cual procedamos sea universalizable, esto es, permita actuar también a los demás con libertad. De ello no puede derivar más que «una asociación que respete la libertad de todas las voluntades y que esté constituida desde ella»⁴²². Lejos de contener un alegato en pro de la pasividad y la vida contemplativa, en el que las personas no se interrelacionan y permanecen desconectadas unas de otras, «el imperativo de fundar sobre la Tierra un reino de los fines como realización completa de la idea de humanidad, como sistema

⁴¹⁹ MUGUERZA J., “Habermas en el reino de los fines”, en *Esplendor y miseria de la ética kantiana*, E. Guisán (comp.), Anthropos, Barcelona, 1ª ed. 1988, p. 98.

⁴²⁰ PÉREZ QUINTANA A., “Lo posible por libertad en la Crítica de la razón práctica”, en *Kant después de Kant. En el bicentenario de la Crítica de la razón práctica*, Javier Muguerza y Roberto R. Aramayo (eds.), Tecnos, Madrid, 1989, p. 547.

⁴²¹ KÖRNER S., *Kant*, op. cit., p. 135.

⁴²² VILLACANAS J.L., *Racionalidad crítica. Introducción a la filosofía de Kant*, op. cit., p. 211.

íntegro de la moralidad en el mundo conlleva un plan de legislación para y a favor de la actividad y de la intervención racional en la sociedad»⁴²³.

Quien actúa moralmente contribuye así a establecer ese posible reino de ordenación racional, de modo que la ley rectora de una persona encuentra su horizonte y acomodo en la totalidad de leyes rectoras de los demás miembros. La máxima de una persona, si es universalizable, se inserta en ese reino de los fines que es, a su vez, la conjunción de todas las máximas que las personas se legislan. El orden así generado es una suma de principios rectores dictados por sus legisladores a los que ellos mismos deciden también someterse. La coordinación entre las personas que integran ese reino es así factible porque todos ellos han decidido estimarse, a sí mismos y a los demás, como fines y excluir cualquier praxis que suponga una manifiesta instrumentalización del otro.

En esta idea de una comunidad moral, en la que uno mismo se considera como fin objetivo en tanto sujeto de libertad -y, así, legislador de las leyes de la propia conducta-, se une decisivamente la idea de interrelación con todos los demás individuos, según principios que otorgan a cada uno aquella misma consideración. La construcción de este reino combina el principio fundamental de la moral -según el cual sólo soy sujeto de la misma en tanto legislo yo mismo los principios a los que me someto- con la exigencia de concebirme en interrelación con otros sujetos morales que son, a su vez, por tanto, sujetos legisladores de las leyes de su propia voluntad. En esa coexistencia de todas las personas «cada miembro del reino de los fines se sitúa por sí mismo bajo el imperio de una ley que él se da, la cual es, empero, a la vez, la ley que todos los demás se imponen también libremente»⁴²⁴.

A la misma condición de autonomía como condición de cualquier vinculación moral a principios, se refiere la atribución de dignidad. Se trata de «la idea de la *dignidad* de un ser racional, el cual no obedece a ninguna otra ley salvo la que se da simultáneamente él mismo»⁴²⁵. Si podemos pertenecer al reino de los fines como miembro es por nuestra posesión de *personalidad moral*. Esta condición es la que nos permite participar y legislar en aquel dominio. Es la personalidad moral la que nos hace fines en nosotros mismos y especifica la condición de nuestra pertenencia como

⁴²³ HERNÁNDEZ M., “Immanuel Kant, la moral y la estética de la razón”, *Estudio Introductorio a Kant*, Gredos, Madrid, 2010, p. LV.

⁴²⁴ GONZÁLEZ VICÉN F., *La filosofía del Estado en Kant*, op. cit., p. 43.

⁴²⁵ KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 52 [Ak. iv, 434].

miembros en dicho reino. Ser dignos, tener dignidad, no tener precio de mercado, poseer personalidad moral, son expresiones equivalentes que nos hacen ser miembro del reino de los fines. Si la vida humana no tiene precio, entonces tiene dignidad: es esa dignidad «la que nos capacita para participar en la legislación universal: es esto lo que nos hace aptos para ser miembros de un posible dominio de los fines»⁴²⁶. Así, «el fundamento de la dignidad es la capacidad de legislar universalmente y de obrar según el principio de autonomía»⁴²⁷.

Por ser seres humanos dotados de dignidad tenemos la posibilidad de obrar moralmente (tenemos juicio moral, personalidad moral, y podemos distinguir el bien del mal). Esto es lo que caracteriza al hombre como criatura racional y lo distingue de otros animales no humanos. De tal modo que «sólo la ley moral determina el ser racional como fin en sí»⁴²⁸. El atributo de la autonomía moral eleva al ser humano por encima de los demás seres vivientes (en los que esta cualidad está ausente). La diferencia específica entre los humanos y los demás seres vivos hay que buscarla entonces en este sentido moral, y más directamente, en la capacidad de obedecer a leyes que emanan de nuestra propia razón. Para Kant, reconstruye Papacchini, «la fuente última de la dignidad humana residiría así en este privilegio del ser humano de darse él mismo su propia ley»⁴²⁹. El goce de esta facultad exclusivamente humana explicaría, en última instancia, la posesión de dignidad por los únicos seres detentadores de ella: los humanos.

Nuestra autonomía, nuestra autodeterminación, es la condición de posibilidad de nuestro actuar moral. Y este principio de *personalidad moral* estriba «en la capacidad para determinarse con arreglo a principios autónomos propuestos por el mismo sujeto»⁴³⁰. Esta idea de autolegislación remonta, como sabemos, a Rousseau, que afirma en *El Contrato Social* que la obediencia a la ley autoimpuesta es libertad:

«La libertad moral es la única que convierte al hombre verdaderamente en amo de sí mismo, porque el impulso exclusivo del apetito es esclavitud y la obediencia a la ley que uno se ha prescrito es libertad»⁴³¹.

⁴²⁶ RAWLS J., *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*, op. cit., p. 266.

⁴²⁷ RAWLS J., *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*, op. cit., p. 266.

⁴²⁸ DELEUZE G., *La filosofía crítica de Kant*, trad. castellana de Marco Aurelio Galmarini, Cátedra, Madrid, 1997, p. 82.

⁴²⁹ PAPACCHINI A., *Filosofía y Derechos Humanos*, op. cit., p. 231.

⁴³⁰ HÖFFE O., *Immanuel Kant*, op. cit., p. 183.

⁴³¹ ROUSSEAU J.-J., *El contrato social o Principios de derecho político*, Libro I, cap. VIII, estud. prelim. y trad. de María José Villaverde, Tecnos, Madrid, 5ª ed. 2007 (reimpr. 2014), p. 22.

Esto tiene que ver con lo que Roberto Rodríguez Aramayo ha estudiado y ha tildado de «decisiva influencia de Rousseau sobre Kant», haciendo ver el paralelismo del reino de los fines kantiano con la idea rousseauiana de la voluntad general. De tal modo que «quien se halle mínimamente familiarizado con los planteamientos éticos del filósofo de Königsberg podrá comprobar cuánto pudieron influir en ellos esas reflexiones rousseauianas»⁴³².

Esta influencia se podría fácilmente rastrear a partir de la incorporación que hace Kant en su ética de la definición de “ley” ofrecida por Rousseau en sus obras más claramente políticas. El llamado *Discours sur l'Économie politique* aparece por primera vez en el tomo V de *L'Encyclopédie*, publicado en noviembre de 1755. El contenido del artículo corresponde a la voz *Économie ou Économie (Morale et Politique)*. La segunda edición, ya como *Discours*, aparece en Ginebra en 1758. Aquí un entusiasmado Rousseau cree haber solucionado la aparente «dificultad, que debería parecer insuperable» de conciliar obediencia y libertad a través de «la más sublime de las instituciones humanas», esto es, la ley. De ahí que se pregunte con insistencia: «¿Qué arte inconcebible permitió encontrar el medio de subyugar a los hombres para hacerlos libres? (...) ¿Cómo es posible que obedezcan sin que nadie ordene o que sirvan sin tener amo, siendo de hecho tanto más libres cuanto que, bajo una aparente sujeción, uno pierde la libertad sólo si ésta puede perjudicar a la de otro?». Rousseau se contesta sin vacilar: «Es tan sólo a la ley a quien los hombres deben la justicia y la libertad»⁴³³.

Para Aramayo, «Kant fue un buen discípulo de Rousseau» que «supo trasladar a sus planteamientos éticos las reflexiones político-morales de Rousseau»⁴³⁴. La «honda huella» de Rousseau sobre este punto en el pensamiento de Kant también ha sido señalada por Javier Muguerza, para quien el republicanismo de Kant «no pasaba de proponer un moderado Estado liberal de Derecho allí donde cierto Rousseau coquetearía con la

⁴³² RODRÍGUEZ ARAMAYO R., “Carta preliminar en torno a la correspondencia de Rousseau y su apuesta ‘kantiana’ por una primacía moral”, en ROUSSEAU J.J., *Cartas morales y otra correspondencia filosófica*, Roberto R. Aramayo (ed.), Plaza y Valdés, Madrid, 2006, p. 37

⁴³³ ROUSSEAU J.-J., *Discurso sobre la Economía Política*, estud. prelim. y trad. de José E. Candela, Tecnos, Madrid, 1985, p. 14.

⁴³⁴ RODRÍGUEZ ARAMAYO R., *Carta preliminar en torno a la correspondencia de Rousseau y su apuesta ‘kantiana’ por una primacía moral*, op. cit., p. 45. También se puede rastrear la similitud entre ambos clásicos del pensamiento en el importante trabajo de CASSIRER E., *Kant y Rousseau*, op. cit. Se ha ocupado ampliamente de ello, entre nosotros, RUBIO CARRACEDO J., “Rousseau en Kant”, en *Kant después de Kant. En el bicentenario de la Crítica de la razón práctica*, Javier Muguerza y Roberto R. Aramayo (eds.), Tecnos, Madrid, 1989, pp. 349-368.

propuesta de una democracia directa de carácter asambleario»⁴³⁵. Concha Roldán no duda en afirmar que «la influencia ético-política de Rousseau en la filosofía de Kant es incuestionable»⁴³⁶. También Villacañas ha remarcado que el impacto de la lectura de Rousseau «transformó la percepción de su trabajo filosófico y la dirección de sus intereses. La experiencia fue relatada por Kant de una manera inequívoca: Rousseau me abrió los ojos, dijo»⁴³⁷. Para todos ellos, en la elaboración kantiana de la noción de autonomía moral, que es la expresión más acabada de la dignidad humana, ha jugado un papel central la teoría rousseauiana. Al igual que el método de Newton había servido para explicar el orden físico, Kant ensalza el papel de Rousseau como organizador del mundo moral⁴³⁸. Es interpretación ya consolidada considerar que Kant habría trasladado al ámbito moral el ideal que el filósofo de Ginebra formuló para el cuerpo político:

«La libertad como autonomía política se identifica en Rousseau con la participación activa de los ciudadanos en la formación de la voluntad general y por consiguiente con la posibilidad de que ellos obedezcan a leyes asumidas libremente en cuanto producto de su auténtica o verdadera naturaleza. En el caso del filósofo alemán esa misma libertad como autonomía política se transforma en la exigencia ética de que el sujeto moral sólo obedezca a la voluntad racional-universal que brota de la interioridad de su conciencia, para que el sometimiento a los mandatos de la ley moral no sea una limitación, sino la realización de su libertad y de su verdadera naturaleza»⁴³⁹.

Esta es la concepción primordial de la ética kantiana: una comunidad moral constituida por sujetos libres. Ello da sentido a toda la construcción del imperativo categórico ya que los individuos quedan vinculados de forma sistemática (no aglutinada)

⁴³⁵ MUGUERZA J., “Del Renacimiento a la Ilustración: Kant y la ética de la Modernidad”, en *La aventura de la moralidad (paradigmas, fronteras y problemas de la ética)*, Carlos Gómez y Javier Muguerza (eds.), Alianza Editorial, Madrid, 2007, pp. 91 y 93. Como hábito diario irrenunciable, a las siete de cada tarde Kant acostumbraba rigurosamente a dar su paseo vespertino por los alrededores de su casa en Königsberg para meditar sobre lo que estaba trabajando. Cuenta Schultz que “una sola vez dejó de dar su paseo, según confesó más tarde frecuentemente, justificándolo por la circunstancia de haber leído aquel día el *Emile* de Rousseau, lectura que le había cautivado tanto, que no pudo interrumpirla hasta terminarla”. Es más, el único adorno en las paredes de la casa de Kant “era un retrato de Jean-Jacques Rousseau, el único hombre que había logrado, con su obra, alterar el orden de vida del filósofo. Aquel retrato era el único cuadro de toda la casa”. SCHULTZ U., *Kant*, op. cit., pp. 22 y 44.

⁴³⁶ ROLDÁN C., “Los Prolegómenos del proyecto kantiano sobre la paz perpetua”, en *La paz y el ideal cosmopolita de la Ilustración. A propósito del bicentenario de Hacia la Paz Perpetua de Kant*, Roberto R. Aramayo, Javier Muguerza y Concha Roldán (eds.), Tecnos, Madrid, 1996, p. 126.

⁴³⁷ VILLACAÑAS J.L., *Immanuel Kant, las posibilidades de la razón*, op. cit., p. XXIV.

⁴³⁸ De ahí que señale José Rubio Carracedo que “Kant otorga a Rousseau el mismo título en el orden moral que a Newton en el orden físico; es más, les atribuye la misma metodología, que une a la experiencia la construcción racional. De este modo Rousseau se le ofrece como el organizador del mundo moral al modo como Newton organizó el universo físico: el orden construido permite descubrir el desorden existente y estimula a combatirlo”. RUBIO CARRACEDO J., “El influjo de Rousseau en la filosofía práctica de Kant”, en *Esplendor y miseria de la ética kantiana*, E. Guisán (comp.), Anthropos, Barcelona, 1ª ed. 1988, p. 37.

⁴³⁹ PAPACCHINI A., *Filosofía y Derechos Humanos*, op. cit., p. 239

por razones que ni se fundan en intereses particulares ni dependen de los fines del arbitrio empírico. Cada individuo se convierte en co-legislador ya que «al legislar muestra su voluntad de limitar la voluntad de los demás con la suya misma» y, así, «todos asumen limitar sus exigencias respecto de los otros para que éstos puedan defender las suyas propias»⁴⁴⁰. Aquí se halla el valor de la relación compleja y fecunda entre Kant y Rousseau, toda vez que el filósofo de Königsberg encuentra en el ginebrino «la prioridad absoluta de la libertad y de la autonomía personal como requisito fundante de la dignidad humana y de la consiguiente igualdad radical de los hombres, bases sobre las que va a construir su edificio moral»⁴⁴¹.

En definitiva, «la dignidad, constituye en la teoría kantiana, la dimensión moral de la personalidad, que tiene por fundamento la propia libertad y autonomía de la persona. La dignidad humana entraña no sólo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que supone también la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo»⁴⁴². Este pleno desarrollo de la personalidad implica dos elementos: la *autodeterminación* que surge «de la libre proyección histórica de la razón humana», antes que de una predeterminación (trascendental o externa) que nos imponga lo que debemos ser en la vida; y la *autodisponibilidad*, es decir, la ausencia de interferencias o impedimentos externos que nos limiten ese pleno desarrollo⁴⁴³. En torno a este segundo aspecto me gustaría concluir esta parte dedicada a Kant.

3.6. Dignidad de ser feliz y no interferencia.

De la idea kantiana de dignidad se desprende «una concepción de los derechos en la que estos funcionan como protección de los individuos frente a las eventuales interferencias externas»⁴⁴⁴. En efecto, somos respetuosos con la dignidad de los otros cuando los dejamos perseguir los propios fines y propósitos que ellos mismos han elegido autónomamente. Esta idea de no intromisión, capital para el liberalismo clásico y que

⁴⁴⁰ VILLACANAS J.L., *Kant*, op. cit., pp. 393 y 394.

⁴⁴¹ RUBIO CARRACEDO J., *El influjo de Rousseau en la filosofía práctica de Kant*, op. cit., p. 54.

⁴⁴² PÉREZ LUÑO A.E., *El papel de Kant en la formación histórica de los derechos humanos*, op. cit., p. 471.

⁴⁴³ PÉREZ LUÑO A.E., *Sobre los valores fundadores de los derechos humanos*, op. cit., p. 280.

⁴⁴⁴ PÉREZ TRIVIÑO J.L., *De la dignidad humana y otras cuestiones jurídico-morales*, op. cit., p. 25.

desarrollará magistralmente Mill, «es central en el universo moral y político kantiano»⁴⁴⁵. Solo se pueden perseguir los fines que uno se autolegisla si se es libre tanto para autodictárselos como para llevarlos a cabo, es decir, para elegirlos, determinarlos y, a la postre, perseguirlos y alcanzarlos:

«La *perfección* de otro hombre como persona consiste precisamente en que él *mismo* sea capaz de proponerse su fin según su propio concepto del deber, y es contradictorio exigir (proponerme como deber) que yo deba hacer algo que no puede hacer ningún otro más que él mismo»⁴⁴⁶.

Ya nos recordaba Aranguren que, en este punto, «la ética kantiana es de un individualismo radical, individualismo que procede inmediatamente de la Ilustración». Y ello se debe a que el imperativo categórico kantiano «impone *mi* deber y la metafísica de las costumbres se ocupa de la *propia* perfección, pues nunca puede ser un deber *para mi* cuidar de la perfección de los otros»⁴⁴⁷.

Deber y libertad parecen términos irreconciliables y opuestos: o se actúa libremente o se actúa por deber, conforme a lo mandado (y no se es libre). Los deberes de los que Kant nos habla -no olvidemos que su ética es fuertemente deontológica- parecen difícilmente compatibles con las ideas de dignidad y autonomía ofrecidas, con la libertad de proponerme mis propios fines. Obrar libremente se compadece mal con un obrar que está ordenado por algo o alguien. Pues, ¿cómo puedo ser libre si tengo que actuar por deber, según lo ordenado por la ley moral? Ello sólo será posible cuando soy el autor de la ley que es mi deber respetar. La escapatoria a esta difícil paradoja de conjugar deber y libertad la salva Kant acudiendo, como hemos visto, a su buen maestro Rousseau. En efecto, la ley según el ginebrino sería el instrumento apropiado para «asegurar a la vez la libertad pública y la autoridad del gobierno»⁴⁴⁸. Rousseau justificará la pérdida de la independencia de los miembros de las sociedades a través del sometimiento y obediencia, paradójicamente, para seguir siendo libres. Ante esta tensión, Rousseau nos presenta a la ley como instrumento obrador de este «prodigio». Lo que la ley permite no es más que precisamente la libertad⁴⁴⁹.

La traslación rousseauniana al plano de la ética kantiana es sencilla. Mi dignidad en cuanto persona libre no consiste en estar sujeto a la ley moral (que también), sino en

⁴⁴⁵ PÉREZ TRIVIÑO J.L., *De la dignidad humana y otras cuestiones jurídico-morales*, op. cit., p. 26.

⁴⁴⁶ KANT I., *La Metafísica de las Costumbres*, op. cit., p. 237 [Ak. vi, 386].

⁴⁴⁷ LÓPEZ ARANGUREN J.L., *Ética*, Revista de Occidente, Madrid, 1968, p. 49.

⁴⁴⁸ ROUSSEAU J-J., *Discurso sobre la Economía Política*, op. cit., p. 13.

⁴⁴⁹ ROUSSEAU J-J., *Discurso sobre la Economía Política*, op. cit., p. 14.

ser el autor de la misma. De este modo «libertad y ley moral no solo se coimplican, sino que vienen a sustentarse recíprocamente. Sin darse una ley moral no accederíamos a desvelar el misterio de la libertad, pero a su vez esta es condición sustantiva de aquella»⁴⁵⁰. Decidimos actuar por deber porque hemos acatado una ley (la del imperativo categórico) que nos hemos dado nosotros mismos⁴⁵¹. El *debo, luego puedo* al que Kant nos invita es -en palabras de Rodríguez Aramayo- «la quintaesencia de nuestra libertad. Sólo al cobrar consciencia del deber reconocemos dentro de nuestro fuero interno una libertad que sin ese reconocimiento permanecería ignota para nosotros»⁴⁵². Estos deberes “libremente” asumidos (pero mandados por la ley moral) nos perfeccionan moralmente y el hábito de ejercitarlos nos hace progresar en la pureza de nuestras intenciones, es decir, funcionan como una «continua resistencia a nuestras propias inclinaciones naturales»⁴⁵³. No son meros consejos, son auténticos deberes para con uno mismo y para con el otro. Y en la medida que se incorporan a nuestro carácter, y nuestra conducta queda inspirada por esas máximas, nos encaminamos a una voluntad verdaderamente buena. *Son los fines que*

⁴⁵⁰ RODRÍGUEZ ARAMAYO R., *Immanuel Kant. La utopía moral como emancipación del azar*, Edaf, Madrid, 2001, p. 83. Esta necesidad que tiene nuestra libertad de quedar vinculada por la ley moral tiene que ver con lo que Kant entendía que era el *fuste torcido de la humanidad*. Su pesimismo antropológico se ha hecho proverbial gracias a este conocido lema: “de una madera tan retorcida como la de la que está hecho el hombre no puede tallarse nada enteramente recto”. KANT I., *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita*, trad. de Roberto R. Aramayo, Gredos, Madrid, 2010, p. 336 [Ak. viii, 23]. En distintos fragmentos dispersos en sus obras leemos algunas referencias de esta tensa relación: el hombre “es un animal que necesita de un señor, el cual a su vez no puede ser sino un hombre. De una madera tan torcida no se puede tallar caduceo alguno”. Y en la Reflexión 1500 reitera que: “El ser humano es (aunque sea libre) una criatura que necesita de un señor (...) La causa estriba en su libertad, en que no se vea propulsado por el instinto natural, que uniformiza a todos los miembros de una especie, sino por antojos y ocurrencias (o por principios) que no propician unidad alguna. Esta libertad se ve acompañada de una cierta propensión a sustraerse de la pauta que la razón le prescribe y dejarse caer por la pendiente de las inclinaciones. Puede cometer injusticias, ya que cuenta con estímulos para ello y lo que debería contenerle no es de fiar. Precisa, pues, de un señor que lo llame al orden, no tanto por lo que atañe a él mismo, sino por cuanto concierne a la relación en que se halla con los demás”. KANT I., *Reflexiones sobre Antropología*, Refl. 1464 y 1500 [Ak. xv, 644; 785-786], en *Kant. Antología*, Roberto R. Aramayo (ed.), Península, Barcelona, 1991, pp. 114 y 117. Y la desconfianza de Kant en un obrar libre que se deja arrastrar por las inclinaciones se confirma en *La religión dentro de los límites de la mera razón*: “¿Cómo puede aguardarse que de una madera tan retorcida (como es la naturaleza humana) se labre algo enteramente recto?” [Ak. vi, 100].

⁴⁵¹ El nexo entre moral y libertad es aquí evidente para Sandel. Actuar moralmente significa actuar conforme a un deber, por la ley moral. Sólo cuando actúo en concordancia con el imperativo categórico actúo libremente. Pues “cuando actúo conforme a un imperativo hipotético actúo para satisfacer algún interés o fin que me es dado desde fuera de mí mismo. Pero en ese caso no soy realmente libre; mi voluntad no está determinada por mí, sino por fuerzas externas: lo que me impongan mis circunstancias o las necesidades y deseos que resulte que tenga. Puedo escapar de los dictados de la naturaleza y las circunstancias sólo si actúo autónomamente, conforme a una ley que me dé yo mismo. Tal ley ha de ser incondicional con respecto a mis necesidades y deseos particulares. Por lo tanto, las exigentes nociones propuestas por Kant de libertad y moral están conectadas. Actuar libremente, es decir, autónomamente, y actuar moralmente, conforme al imperativo categórico, son una y la misma cosa”. SANDEL M., *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, op. cit., p. 143.

⁴⁵² RODRÍGUEZ ARAMAYO R., *Kant: entre la moral y la política*, op. cit., p. 99.

⁴⁵³ VILLACAÑAS J.L., *Immanuel Kant, las posibilidades de la razón*, op. cit., p. LXVI.

son a la vez deberes⁴⁵⁴, pues «hablar de realizar lo que entendemos por *deberes* implica convertir a éstos en *fin*es de nuestras *acciones*»⁴⁵⁵. Nosotros al acatar estos deberes buscamos nuestra *propia perfección*, pero también «para respetar el proyecto de felicidad del otro, de tal manera que no sea obstaculizado por el mío. Aquí tenemos lo que Kant llama deberes de virtud como deberes amplios: la propia perfección y la felicidad ajena»⁴⁵⁶.

El autoperfeccionamiento consiste en llegar a ser una persona moral, un sujeto que encarna una voluntad buena y que cumple con los deberes que cada uno tiene consigo mismo. Es la perfección de todo aquello que «potencia la acción racional», de todas aquellas «facultades prácticas y sociales del hombre: la ciencia, el conocimiento y la moralidad»⁴⁵⁷. Es la facultad de autodeterminarse atendiendo únicamente a nuestra “libertad interior”. Como sabemos que autonomía y libertad son la misma cosa, esa “libertad interior” es mi conformación autónoma, que no está sujeta a otros dictados distintos que los que proceden de mí mismo. No cabe que ninguna legislación exterior a mí me perfeccione. En eso precisamente difiere el deber de virtud del deber jurídico: «en que para este último es posible moralmente una coacción externa, mientras que aquél sólo se basa en una autocoacción libre».⁴⁵⁸ Ahora bien, esa legislación autónoma (interior, no exterior ni heterónoma) no puede ser cualquier tipo de legislación. Es la ley que mandaba según el principio supremo de la moralidad y que ahora se convierte en el principio supremo de la doctrina de la virtud. Quiere esto decir que «la libertad interior no autoriza a cada uno a hacer lo que quiere, sino *lo que debe*. A la persona moral no le está permitido degradarse y convertirse en cosa. Comportarse dignamente es atenerse a los principios de la libertad interior o de la moralidad, haciendo que éstos se impongan a los deseos»⁴⁵⁹.

Que la propia perfección sea un deber amplio no quiere decir que se imponga imperativamente ni sea ilimitada. Procede en cambio de la libre aceptación y en la medida que nuestro juicio moral produzca este deber, y la conducta apunte a su realización, nuestro carácter lo incorporará de forma regular. Tampoco es ilimitado en el sentido de

⁴⁵⁴ KANT I., *La Metafísica de las Costumbres*, op. cit., p. 237 [Ak. vi, 386].

⁴⁵⁵ MUGUERZA J., “Razonabilidad”, en *Democracia y virtudes cívicas*, Pedro Cerezo Galán (ed.), Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, p. 117.

⁴⁵⁶ VILLACAÑAS J.L., *Kant*, op. cit., p. 380.

⁴⁵⁷ VILLACAÑAS J.L., *Racionalidad crítica. Introducción a la filosofía de Kant*, op. cit., p. 230.

⁴⁵⁸ KANT I., *La Metafísica de las Costumbres*, op. cit., p. 233 [Ak. vi, 383].

⁴⁵⁹ CAMPS V., “Una total belleza moral”, en *Kant después de Kant. En el bicentenario de la Crítica de la razón práctica*, Javier Muguerza y Roberto R. Aramayo (eds.), Tecnos, Madrid, 1989, p. 135.

que la conducta que «busca la propia perfección pueda desplegar una conducta que usa a los demás sólo como medio. Por tanto, no estamos ante un deber de alcance incondicionado. Por eso Kant lo llama “deber amplio”: no se prescribe hasta dónde se debe llegar en su cumplimiento»⁴⁶⁰.

Asumida la propia perfección como deber para con uno mismo, en cuanto a la perfección de los demás sólo cabe que no cercenemos las posibilidades de que cada uno la persiga a su manera. Si no me puedo proponer la perfección de otro como deber, sí tengo acaso que contribuir a que mi actuación potencie la suya, a no entorpecer su derecho a que él sea autónomo (de la manera en que quiera serlo). Lo que tengo que procurar es su felicidad, esto es, «permitir y colaborar con la búsqueda de la felicidad que ellos mismos se han impuesto libremente»⁴⁶¹.

Que las opiniones en torno a la concepción de la felicidad de Kant no hayan sido unánimes no puede hacernos concluir «en la estupidez -sagrada durante dos siglos- de que Kant no tiene una teoría de la Felicidad»⁴⁶². Lo que sí es cierto es que si nos dejáramos guiar por el criterio de la felicidad, nuestro obrar se apartaría del deber dictado con toda claridad por la ley moral. Siendo la moralidad algo válido de modo incondicional, la felicidad en cambio es algo condicionado, que depende del sujeto, de sus inclinaciones, impulsos y necesidades. De esta manera al estar «la felicidad condicionada a menudo empíricamente según sus contenidos, no sirve como ley general ni puede constituir la motivación de la moralidad»⁴⁶³. Porque lo que se tiene que imponer y a lo que tenemos que aspirar a través del imperativo es al cumplimiento del deber y «en cuanto se deja oír la voz del deber, se acallan los cantos de sirena de la felicidad»⁴⁶⁴. Como nos recuerda Rodríguez Aramayo, «el deber tendría una voz mucho más potente que la felicidad y los cantos de sirena entonados por esta última quedarían acallados ante su intervención»⁴⁶⁵. La potente voz del deber acaba silenciando los seductores cantos de sirena entonados por la felicidad, que no son más que una suma de todas nuestras inclinaciones. La felicidad puede ser definida entonces, al menos de modo provisional, como «la plena satisfacción

⁴⁶⁰ VILLACANAS J.L., *Kant*, op. cit., p. 381.

⁴⁶¹ VILLACANAS J.L., *Racionalidad crítica. Introducción a la filosofía de Kant*, op. cit., p. 230.

⁴⁶² VILLACANAS J.L., “Razón y Beruf: el problema de la eticidad en Kant y Weber”, en *Kant después de Kant. En el bicentenario de la Crítica de la razón práctica*, Javier Muguerza y Roberto R. Aramayo (eds.), Tecnos, Madrid, 1989, p. 511.

⁴⁶³ HÖFFE O., *Immanuel Kant*, op. cit., p. 185.

⁴⁶⁴ KANT I., *Reflexiones sobre Filosofía Moral*, Refl. 7315 [Ak. xix, 312], en *Kant. Antología*, op. cit., p. 92.

⁴⁶⁵ RODRÍGUEZ ARAMAYO R., *Kant: entre la moral y la política*, op. cit., p. 48.

de todas nuestras necesidades e inclinaciones»⁴⁶⁶. Uno será tanto más feliz cuantas más inclinaciones logre satisfacer, procurando además colmarlas en lo que atañe al grado de su intensidad y a la persistencia de su duración⁴⁶⁷. Al igual que Kant, solemos entender por felicidad el que todo nos vaya bien, dentro del conjunto de nuestra existencia, con arreglo a nuestro deseo y voluntad⁴⁶⁸.

Mientras que sí constituye un deber el procurar la felicidad ajena, en cambio, debido a «su repulsa del eudemonismo», con respecto a la felicidad propia «Kant sólo reconoce el criterio de la plena renuncia»⁴⁶⁹. También para Rawls «Kant no concibe la filosofía moral, como a su entender hicieron los griegos, como el estudio sobre cómo alcanzar la felicidad, sino como el estudio más bien sobre cómo debemos obrar si hemos de ser dignos de la felicidad que alcancemos. Este pensamiento caracteriza la doctrina moral de Kant»⁴⁷⁰. Para Victoria Camps, «la exclusión de la felicidad como fin último del ser humano, quien no debe aspirar a ser feliz, sino, en todo caso, a ser digno de felicidad, coloca a Kant en el grupo de filósofos que, a pesar de proponerse una ética secularizada, no llegan a superar la acusación de pecaminosidad que la religión atribuye a los deseos humanos»⁴⁷¹. También Esperanza Guisán era tajante al afirmar que «Kant no supo comprender el valor de la felicidad personal» y su ética es «un atentado contra la felicidad del ser humano»⁴⁷². Para Rodríguez Aramayo, este rechazo del eudemonismo sería otro dato que acercaría a Kant a Rousseau, pues ambos autores «entienden que los principios éticos no persiguen directamente la felicidad propia del eudemonismo, sino más bien el sosiego interior de hallarse contento con uno mismo»⁴⁷³.

A lo que nos está compeliendo Kant es a limitar la búsqueda de la propia felicidad para respetar el proyecto de felicidad del otro y el mío propio. Pero esta limitación no puede suponer «un sacrificio que impusiera de todo punto la ruina de mi proyecto de felicidad porque sería contradictorio con el imperativo de voluntad racional, pues no sería universalizable. Pero una definición unilateral del proyecto de felicidad del otro, sería un

⁴⁶⁶ KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 23 [Ak. iv, 435].

⁴⁶⁷ KANT I., *Crítica de la razón pura*, trad. de Pedro Ribas y estud. introd. de José Luís Villacañas, Gredos, Madrid, 2010, p. 587 [Ak. v, A806/B834].

⁴⁶⁸ KANT I., *Crítica de la razón práctica*, op. cit., p. 213 [Ak. v, 124].

⁴⁶⁹ CASSIRER E., *Kant y Rousseau*, op. cit., pp. 208 y 209.

⁴⁷⁰ RAWLS J., *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*, op. cit. p. 202.

⁴⁷¹ CAMPS V., *Breve historia de la ética*, op. cit., p. 251.

⁴⁷² GUISÁN E., *Kant contra la felicidad personal*, op. cit., p. 253.

⁴⁷³ RODRÍGUEZ ARAMAYO R., *Carta preliminar en torno a la correspondencia de Rousseau y su apuesta 'kantiana' por una primacía moral*, op. cit., p. 40.

paternalismo inaceptable»⁴⁷⁴. El antieudemonismo kantiano «acaba por evocar nostálgicamente la felicidad, como si de un viaje amor se tratase, ya que, finalmente, la moralidad será definida por Kant como un *hacerse digno de ser feliz*»⁴⁷⁵. En sus *Reflexiones* encontramos algunas pistas sobre ello:

«La dignidad de ser feliz -escribe Kant hacia 1776- consiste en el mérito que tienen las acciones frente a una felicidad basada en la libertad; de generalizarse este tipo de acciones se conseguiría realmente la felicidad ajena. Como se suele decir, un hombre se gana el sustento elaborando su propio pan o también procurándose a los otros»⁴⁷⁶.

Sería ocioso perseguir únicamente la felicidad propia, pues ésta inclinación ya se halla en el hombre de forma innata, como una tendencia espontánea e inevitable a merced de un impulso natural. Lo que sí hay que proponerse entonces como un deber, pues no aparece de forma tan evidente en el hombre, es la felicidad del prójimo. Kant en realidad estaría proponiendo restringir «el concepto de la propia felicidad a la condición de propiciar la felicidad universal o, cuando menos, a la de no oponerse a que otros fomenten la suya»⁴⁷⁷.

En la *Metafísica de las Costumbres* Kant elabora este deber de buscar la felicidad ajena como un deber de benevolencia que lleva consigo beneficencia: «puesto que nuestro amor a nosotros mismos no puede separarse de la necesidad de ser amados también por otros (ayudados en caso de necesidad), nos convertimos a nosotros mismos en fin para otros, y puesto que ésta máxima no puede obligar únicamente por su cualificación para convertirse en ley universal, por consiguiente, por una voluntad de convertir a otros también en fines para nosotros, la felicidad ajena es un fin que es a la vez deber»⁴⁷⁸. Con ello quiere hacer ver Kant que la realización del imperativo categórico requiere también resolver el problema de la felicidad del otro. Pues ese imperativo exige asumir como propios los fines del otro. Sólo asumiendo como propios los fines del otro es posible la felicidad propia. Por tanto, lo que yo *debo* proponerme a mí mismo en el sentido fuerte kantiano, es la felicidad de los otros, no la mía:

⁴⁷⁴ VILLACANAS J.L., *Kant*, op. cit., p. 382.

⁴⁷⁵ RODRÍGUEZ ARAMAYO R., *Immanuel Kant. La utopía moral como emancipación del azar*, op. cit., p. 38.

⁴⁷⁶ KANT I., *Reflexiones sobre Filosofía Moral*, Refl. 6857 [Ak. xix, 181], en *Kant. Antología*, op. cit., p. 73.

⁴⁷⁷ KANT I., *Reflexiones sobre Filosofía Moral*, Refl. 7199 [Ak. xix, 273], en *Kant. Antología*, op. cit., p. 81.

⁴⁷⁸ KANT I., *La Metafísica de las Costumbres*, op. cit., p. 247 [Ak. vi, 393].

«Cuando se trata de la felicidad, de aquella que debe ser para mí un deber fomentar como un fin mío, entonces tiene que ser la felicidad de *otros* hombres, cuyo fin (permitido) hago yo *con ello también mío*». Y remarca Kant: «lo que constituye mi fin y a la vez mi deber no es mi felicidad, sino mantener la integridad de mi moralidad»⁴⁷⁹.

Haciendo míos los fines del otro se cumple el deber de amar al prójimo: «de ahí que el deber de amar al prójimo pueda expresarse también del siguiente modo: es el deber de convertir en míos los fines de otros»⁴⁸⁰. Como su felicidad es también la mía, resulta evidente que las desgracias del prójimo me afectan también a mí (sean también las mías) y la alegría del otro ponga también contento a mi corazón.

En la *Crítica de la razón práctica* Kant se centra más en las posibilidades de una felicidad individual (no tanto en la felicidad ajena). Y define la felicidad en base a esos relativos sentimientos de placer o agrado que pertenecen al campo de la experiencia empírica subjetiva: la felicidad es la «sensación *agradable*», la «conciencia tenida por un ser racional respecto del *agrado* de la vida que le acompaña sin interrupción durante toda su existencia»⁴⁸¹.

No haríamos justicia a nuestro autor si redujéramos su concepto de felicidad a meras sensaciones de agrado. La síntesis «de dignidad y felicidad es demasiado estrecha si felicidad es confundida inmediatamente con el agrado que mueve el arbitrio de cada uno», por ello lo más recomendable es «separarnos de aquella significación inmediata de felicidad que la identifica con los sentimientos de placer y dolor»⁴⁸². La explicación que, finalmente, aparece de manera más consistente y sólida en la filosofía kantiana es un concepto más amplio y complejo, que engloba, además de dichas inclinaciones subjetivas, elementos relativos a la persecución de fines últimos:

«Felicidad es el estado de un ser racional situado dentro del mundo, al cual en el conjunto de su existencia le *va todo según su deseo y voluntad*, y descansa por lo tanto en el hecho de que la naturaleza coincida con su finalidad global, así como con el fundamento esencial que determina su voluntad»⁴⁸³.

En su significado central, el concepto de felicidad es un concepto abstracto, esto es, que posee carácter necesario por aparecer incesantemente e irremediamente en todo

⁴⁷⁹ KANT I., *La Metafísica de las Costumbres*, op. cit., p. 240 [Ak. vi, 388].

⁴⁸⁰ KANT I., *La Metafísica de las Costumbres*, op. cit., p. 318 [Ak. vi, 450].

⁴⁸¹ KANT I., *Crítica de la razón práctica*, op. cit., p. 105 [Ak. v, 22].

⁴⁸² VILLACANAS J.L., *Kant*, op. cit., pp. 330 y 333.

⁴⁸³ KANT I., *Crítica de la razón práctica*, op. cit., p. 213 [Ak. v, 124].

deseo humano: «ser feliz constituye necesariamente el anhelo de todo ente racional»⁴⁸⁴. Al mismo tiempo, los elementos que configuran el contenido de conceptos abstractos como el de felicidad son elementos empíricos y contingentes, esto es, están constituidos por un conjunto ilimitado de objetos de nuestros deseos, que se refieren a «un sentimiento subjetivo de placer o displacer, por el cual queda determinado lo que precisa para estar satisfecho con su estado»⁴⁸⁵.

Eso es precisamente lo que invalida a la felicidad como candidata para fundamentar la ley moral, porque su forma de determinación sólo puede conocerse empíricamente y puede mostrarse tan variopinta como cada cual se recree aquellos sentimientos de placer. Recuérdese que la ley moral, al ser objetiva, «tendría que contener en todos los casos y para todos los entes racionales exactamente el mismo e idéntico fundamento para determinar la voluntad»⁴⁸⁶. La nota de universalidad que debe entonces presentar toda ley moral se encuentra totalmente ausente en la máxima de la felicidad y, por ende, ésta queda imposibilitada para cumplir su tarea de mandato moral:

«Aun cuando el concepto de felicidad subyazca por doquier» a los anhelos que el individuo persigue con su obrar, «sólo supone pese a todo el título general de los fundamentos determinantes subjetivos». A todo lo más sólo se puede afirmar que «en qué cifre cada cual su felicidad depende de su particular sentimiento de placer y displacer»⁴⁸⁷.

Lo que así sostiene Kant es que una razón para obrar, en tanto que tiene que tener como condición suprema de su moralidad la validez universal, no puede obedecer a tendencias que, por su carácter empírico, son subjetivas y privadas de cada individuo. El empeño de Kant es, por tanto, «poner de manifiesto que todo cuanto cae en el campo de la felicidad y que se nutre de inclinaciones individuales no puede ser el fundamento de una Ética que ha de caracterizarse por la universalidad de sus normas»⁴⁸⁸.

Ahí radica la «enérgica crítica del eudemonismo». En palabras de Aranguren:

⁴⁸⁴ KANT I., *Crítica de la razón práctica*, op. cit., p. 108 [Ak. v, 25]. Además: “hay un fin que puede presuponerse como real en todos los seres racionales (en cuanto les cuadran los imperativos como seres dependientes) y, por lo tanto, existe un propósito que no sólo *pueden* tener, sino que cabe presuponer con seguridad, ya que todos los seres racionales en su conjunto lo *tienen* según una necesidad natural: el propósito de la *felicidad*”. KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 33 [Ak. iv, 415].

⁴⁸⁵ KANT I., *Crítica de la razón práctica*, op. cit., p. 108 [Ak. v, 25].

⁴⁸⁶ KANT I., *Crítica de la razón práctica*, op. cit., p. 109 [Ak. v, 25].

⁴⁸⁷ KANT I., *Crítica de la razón práctica*, op. cit., p. 109 [Ak. v, 25].

⁴⁸⁸ MONTERO MOLINER F., *Libertad y experiencia. La fundamentación de la libertad moral en la Crítica de la razón pura*, op. cit., p. 36.

«Para Kant la ética de la felicidad no es aceptable, en primer lugar, porque la felicidad, en cuanto a estado que se desea y busca, le es al hombre completamente natural e *inevitable*, por lo cual no puede constituir un deber, sino -agrega en segundo lugar- precisamente lo contrario del deber, es decir, la inclinación»⁴⁸⁹.

Lo que Kant quiere decir es que la felicidad no es incondicionada. Recordemos que el imperativo categórico buscaba deberes incondicionados, es decir, necesitamos fundamentar obligaciones que funcionen incondicionadamente. Y «la felicidad está condicionada de manera natural por la sensibilidad»⁴⁹⁰, por nuestras sensaciones de agrado y placer, nuestros deseos, intereses, nuestras inclinaciones y por demás datos que proceden del mundo empírico. La tesis de Kant consiste en afirmar que una conducta interesada o condicionada, no puede ser universalizable. La ley que hace universalizable la conducta no puede incluir nada tendente a mi propia felicidad, a mis sensaciones de agrado; debe ser exclusivamente formal, sin mezcla alguna de deseos. En el momento que le diéramos cualquier contenido empírico a «la ley moral, esta ley acabaría por no obligar a nada ni a nadie»⁴⁹¹. Por ello la felicidad es incompatible con el ideal de universalidad que nos exige el imperativo categórico.

La felicidad no nos sirve para fundamentar ningún tipo de ley moral que queremos que sea objetivamente válida para uno mismo y para cualquier otro, sin que pueda quedar sujeta a meros sentimientos contingentes de agrado o placer. Si todos buscan la felicidad pero cada uno a su manera entonces «no se cumple la exigencia de naturaleza moral, sino que se propone una identificación inmediata entre la felicidad y lo que cada uno particularmente busca»⁴⁹². Aun asumiendo que cada persona puede tener una idea más o menos cabal de cuál es su concepción de la felicidad, seguiría «habiendo una seria dificultad, pues Kant supone que los diferentes agentes tienen diferentes concepciones de la felicidad. A su entender, la felicidad es un ideal, no de la razón, sino de la imaginación, por lo cual nuestra concepción de la felicidad depende de las contingencias de nuestra vida y de los modos particulares de pensar y sentir que desarrollamos conforme nos hacemos adultos»⁴⁹³.

⁴⁸⁹ LÓPEZ ARANGUREN J.L., *Ética*, op. cit., p. 245.

⁴⁹⁰ VILLACAÑAS J.L., *Racionalidad crítica. Introducción a la filosofía de Kant*, op. cit., p. 185.

⁴⁹¹ BILBENY N., “La esperanza moral en Kant”, en *En la cumbre del criticismo*, Roberto R. Aramayo y Gerard Villar (eds.), Anthropos, Barcelona, 1992, p. 32.

⁴⁹² VILLACAÑAS J.L., *Kant*, op. cit., p. 326.

⁴⁹³ RAWLS J., *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*, op. cit. p. 279.

Recordemos que cuando Kant, en la *Crítica de la razón pura*, reconduce «todos los intereses de mi razón» a las tres siguientes cuestiones: «1) ¿qué puedo saber?; 2) ¿qué puedo hacer?; y 3) ¿qué puedo esperar?», este «esperar se refiere a la felicidad»⁴⁹⁴:

«Felicidad es la satisfacción de todas nuestras inclinaciones (tanto *extensive*, atendiendo a su variedad, como *intensive*, respecto de su grado, como también *protensive*, en relación con su duración). La ley práctica derivada del motivo de la felicidad la llamo pragmática (regla de prudencia). En cambio, la ley, si es que existe, que no posee otro motivo que la *dignidad de ser feliz* la llamo ley moral (ley ética). La primera nos aconseja qué hay que hacer si queremos participar de la felicidad. La segunda nos prescribe cómo debemos comportarnos si queremos ser dignos de ella. La primera se basa en principios empíricos, pues sólo a través de la experiencia podemos saber qué inclinaciones hay que busquen satisfacción (...). La segunda prescinde de inclinaciones (...). En consecuencia, esta segunda ley *puede* al menos apoyarse en meras ideas de la razón y ser conocida a priori»⁴⁹⁵.

El origen del peligro de que la felicidad se torne en supremo fundamento determinante del arbitrio es el amor propio o amor a uno mismo⁴⁹⁶. Pero el amor propio no es, de entrada, problemático y su satisfacción se vincula con un corazón siempre alegre. Amarse uno a sí mismo, es amar todo lo que hay dentro de nosotros, también nuestras inclinaciones. El amor propio «no es el amor a nuestras propiedades, sino el amor a lo que nos es propio»⁴⁹⁷. La relación entre la realización de nuestras inclinaciones y el corazón alegre es sencilla:

«Una disposición no atendida produce dolor. La felicidad como aceptación de la totalidad de la existencia, depende de la realización de la totalidad de disposiciones e inclinaciones. Mas para

⁴⁹⁴ KANT I., *Crítica de la razón pura*, op. cit., p. 586 [Ak. v, A805/B833]. Victoria Camps ponía de relieve cómo estas preguntas, formuladas en primera persona del singular, requieren en cambio un proyecto plural para ser contestadas. El imperativo moral lo asume y resuelve el individuo, pero “lo hace sometiendo su máxima subjetiva a la prueba de la universalidad: debo hacer lo que deberíamos hacer todos, lo que cada uno quisiera ver convertido en ley universal”. Ello le servía a Camps para evidenciar que en Kant no tiene sentido la distinción entre una moral privada y una moral pública, movida por un supuesto interés colectivo, porque “desde la perspectiva de la razón, mi interés y el de cada uno, la voluntad particular y la voluntad general, han de coincidir. Sólo aquello que vale para todos, ha de valer para mí también, sólo es moralmente prescriptible lo que puede ser dicho públicamente”. CAMPS V., “Ética y política: ¿Qué podemos esperar?”, en *Esplendor y miseria de la ética kantiana*, E. Guisán (comp.), Anthropos, Barcelona, 1ª ed. 1988, pp. 215-216.

⁴⁹⁵ KANT I., *Crítica de la razón pura*, op. cit., p. 587 [Ak. v, A806/B834].

⁴⁹⁶ Empleo aquí las expresiones *amor propio* o *amor a uno mismo* como traducción de los términos alemanes *Selbstliebe* -el más frecuente en los textos kantianos- y *Eigenliebe*, que también podrían traducirse por *egoísmo* si fuéramos capaces de eliminar de esta palabra castellana la connotación negativa que tienen los vocablos germánicos en el uso que Kant hace de ellos. Dado que esto último no parece posible, preferimos hablar de *amor propio* en vez de *egoísmo* para no inducir a confusión y malas interpretaciones de la ética kantiana.

⁴⁹⁷ SAVATER F., “Fronteras estéticas de la ética: el ideal del amor propio”, en *Kant después de Kant. En el bicentenario de la Crítica de la razón práctica*, Javier Muguerza y Roberto R. Aramayo (eds.), Tecnos, Madrid, 1989, p. 329.

esto tengo que buscar que una acción concuerde con las futuras acciones destinadas a resolver otras inclinaciones»⁴⁹⁸.

La ética kantiana nos coloca así en un duelo protagonizado, por un lado, por el estar contento con uno mismo y, por otro, por la felicidad entendida como satisfacción de las necesidades. Pero es una batalla muy peculiar, porque no hay vencedores ni vencidos. No vence la felicidad o el contento. Uno conduce al otro: el contento con uno mismo nos hace dignos de alcanzar la felicidad. Estando contentos con nosotros mismos ahuyentamos los remordimientos y, además, nos hacemos acreedores de la felicidad:

«El concepto de moralidad -reflexiona Kant hacia 1776- descansa en la *dignidad de ser feliz* (el contento de su voluntad en general) (...); al *estar satisfechos con nosotros mismos*, podemos ser dichosos sin contar con muchos placeres de los sentidos o con el apaciguamiento de sus exigencias (...) El sentirse satisfecho consigo mismo yergue el ánimo y constituye no solo un gran móvil de la razón, sino el mayor»⁴⁹⁹.

Repárese en que la noción kantiana de *autosatisfacción* constituye asimismo el requisito formal para ser felices. La autosatisfacción o autoestima kantiana será estudiada en el apartado siguiente dedicado al autorrespeto (ver epígrafe “Kant: autoestima y sosiego interior para no caer en la indignidad”). Pero prefiero dejar ahora ya indicadas algunas cuestiones al respecto. La verdadera felicidad para Kant «no consiste a decir verdad en la mayor suma de placeres, sino en el gozo procedente de hallarse uno satisfecho con su autodomínio; cuando menos esta es la condición formal de la felicidad, aunque también se necesiten otras condiciones materiales»⁵⁰⁰. Kant apunta algunas *Reflexiones* en torno a dichas condiciones materiales, sin poder precisar cómo satisfacerlas. Sólo nos invita a reparar en aquello que sí somos capaces de producir autónomamente y que da en llamar autosatisfacción. El resto de condiciones materiales se escapan a nuestro control al depender de los vaivenes del azar. Esto quiere decir que el problema de nuestra felicidad va a depender de dominar, de controlar algo que, de entrada, parece estar fuera de nuestro alcance. Pero la autosatisfacción, el «contento con uno mismo, concepto capital de la doctrina moral kantiana», el «verse uno satisfecho consigo mismo, esto es, como el apercibirse de un estado de paz interior», no depende

⁴⁹⁸ VILLACANA J.L., *Kant*, op. cit., p. 352.

⁴⁹⁹ KANT I., *Reflexiones sobre Filosofía Moral*, Refl. 6892 [Ak. xix, 186], en *Kant. Antología*, op. cit., p. 77.

⁵⁰⁰ KANT I., *Reflexiones sobre Filosofía Moral*, Refl. 7202 [Ak. xix, 276-277], en *Kant. Antología*, op. cit., p. 83.

para nada del azar⁵⁰¹. Sobre este “sentirse satisfecho con uno mismo” sí podemos trabajar. Y su logro guarda una indudable conexión con la idea de autorrespeto:

«Kant señala como condición *sine qua non* de cualquier felicidad el que uno se vea satisfecho consigo mismo, algo que define como una especie de apercepción primordial del deleite, la cual viene dada por el aperecibimiento del estado de paz interior que nos granjea nuestra conciencia moral cuando actuamos correctamente. Sin esta condición formal, aduce Kant, experimentamos un autodesprecio que nos arrebatara lo más esencial, a saber, la estima que uno debe profesarse a sí mismo»⁵⁰².

Estar en paz con uno mismo supone, por lo tanto, una condición de toda dicha, un requisito sin el cual no puede darse felicidad alguna. Para sentirnos satisfechos primero tenemos que saber qué es lo que hay que satisfacer, esto es, debemos conocernos a nosotros mismos. De ahí que el primer mandato de todos los deberes hacia uno mismo sea el autoconocimiento⁵⁰³. Pero este autoconocimiento no es «un conocimiento de lo que está bien y mal -que ya poseemos-, sino un conocimiento de lo que deseamos como personas con la facultad de la libre razón»⁵⁰⁴. Sólo conociéndonos a nosotros mismos podremos conocer los placeres y alegrías que ponen contento a nuestro corazón. Experimentar esta alegría es la clave para querernos a nosotros mismos: «el *amor sui* es desde luego el disfrute de sí»⁵⁰⁵, estar en paz con uno mismo, alegre, contento, sin tormento de inclinaciones no saciadas ni asediado por pasiones insatisfechas.

El problema empieza cuando el amor propio no quiere reconocer límite alguno y pretende erigirse en el principio único y supremo de la totalidad del obrar humano:

«Cuando se erige como principio la *eudemonía* (el principio de la felicidad) en vez de la *eleuteronomía* (el principio de la libertad de legislación interior), entonces la consecuencia es la *eutanasia* (la muerte dulce) de toda moral»⁵⁰⁶.

Ocurre entonces que ya no queda resquicio alguno en el sujeto para la moral, pues cuando «el *amor propio* se vuelve principio práctico legislativo e incondicionado recibe

⁵⁰¹ RODRÍGUEZ ARAMAYO R., “Un Kant fragmentario: la vertiente aforística del gran pensador sistemático”, Introducción a *Kant. Antología*, Roberto R. Aramayo (ed.), Península, Barcelona, 1991, p. 13. También en RODRÍGUEZ ARAMAYO R., *Crítica de la razón ucrónica. Estudios en torno a las aporías morales de Kant*, pról. de Javier Muguerza, Tecnos, Madrid, 1992, p. 328.

⁵⁰² RODRÍGUEZ ARAMAYO R., *Immanuel Kant. La utopía moral como emancipación del azar*, op. cit., p. 52.

⁵⁰³ KANT I., *La Metafísica de las Costumbres*, op. cit., p. 306 [Ak. vi, 441].

⁵⁰⁴ RAWLS J., *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*, op. cit., p. 195.

⁵⁰⁵ VILLACAÑAS J.L., *Kant*, op. cit., p. 352.

⁵⁰⁶ KANT I., *La Metafísica de las Costumbres*, op. cit., p. 227 [Ak. vi, 378].

el nombre de *vanidad*»⁵⁰⁷. Esa autocomplacencia del sujeto, que eleva a máxima de toda su conducta la satisfacción de sus apetitos y fines placenteros, puede torcer el recto obrar moral. En esta suplantación, en la cual el principio general del arbitrio libre (amor propio) se hace pasar por principio objetivo de la voluntad (ley moral), consiste precisamente el mal del eudemonismo ético.

Lo peligroso no es la búsqueda natural de la propia felicidad, sino el erigir esa búsqueda en principio normativo, pues con ello se opera una inversión del orden de las cosas humanas: la razón, reducida a la satisfacción de apetitos contingentes que producen felicidad, se convierte en sierva de esos deseos de placer sensible, en vez de ser ella, como razón pura e incondicionada, la que someta el principio sensible del amor propio a su ley. De este modo, «el principio de la felicidad no puede fundar la normatividad moral de las acciones». De ello no puede deducirse que «Kant elimine la dicha o el bienestar de entre los fines a que el hombre puede tender», es decir, «el principio es aquí no aspirar como fin de la conducta al logro de la felicidad, sino al cumplimiento de la ley, esperando de este cumplimiento la consecución de la dicha»⁵⁰⁸.

La negación del eudemonismo significa en Kant que este anhelo de la felicidad no puede erigirse en norma ética que actúa *a priori*, antes de toda experiencia. Si se impusiera el eudemonismo ocurriría que el individuo guiaría su conducta haciendo de su felicidad la máxima incondicionada, cuando lo único incondicional es el deber, lo que la racionalidad nos impone como deber. Cumplir lo debido según la ley moral y la búsqueda de felicidad sólo serán entonces contradictorios «cuando ésta quiere hacerse máxima incondicionada»⁵⁰⁹. Ello no invalida la felicidad como meta subjetiva de la vida de cada individuo. Como bien dice Uwe Schultz, «cada persona puede correr en pos de su felicidad *a posteriori*, es decir, individualmente, y tener para ello sus motivos personales justificados; pero su aspiración no puede admitirse como norma preceptiva general»⁵¹⁰. Kant no pretende que el hombre renuncie a la felicidad sino que -como en su ética todo queda reducido a deberes- no convierta su búsqueda en un deber, sino que haga abstracción de ella para que la voluntad se deje guiar únicamente por el respeto a la ley moral.

⁵⁰⁷ KANT I., *Crítica de la razón práctica*, op. cit., pp. 161 y 162 [Ak. v, 74].

⁵⁰⁸ GONZÁLEZ VICÉN F., *La filosofía del Estado en Kant*, op. cit., p. 89.

⁵⁰⁹ VILLACAÑAS J.L., *Racionalidad crítica. Introducción a la filosofía de Kant*, op. cit., p. 205.

⁵¹⁰ SCHULTZ U., *Kant*, op. cit., p. 82.

En todo caso, conviene remarcar, salvadas las dificultades de su configuración, que la felicidad postulada por Kant, con todos los matices que se quiera, es individualista y alcanzarla requiere que nos dejen solos, *libres*, pero con la adecuada garantía y protección de que podemos ser felices a nuestra propia manera, sin injerencias:

«Nadie me puede obligar a ser feliz a su modo (tal como él se imagina el bienestar de otros hombres), sino que es lícito a cada uno buscar su felicidad por el camino que mejor le parezca, siempre y cuando no cause perjuicio a la libertad de los demás para pretender un fin semejante, libertad que puede coexistir con la libertad de todos según una posible ley universal (esto es, coexistir con ese derecho del otro)»⁵¹¹.

Perseguir la propia felicidad es una tarea personal e intransferible, algo individual. Kant se muestra particularmente taxativo a la hora de excluir al Estado de tan loable objetivo:

«La misión del Estado no es la de procurar felicidad, sino establecer un marco de convivencia en el que todos los ciudadanos puedan ejercitar su libertad. Si uno mismo no sabe muy bien en qué quiere cifrar exactamente su felicidad a cada momento, no parece muy atinado delegar esa complicada dilucidación en manos ajenas, pero tampoco supone una magra ganancia que se observen ciertas reglas de juego jurídicas para no ver entorpecida esa incesante búsqueda»⁵¹².

Frente a ello, un gobierno que se constituyera al modo de un padre para con sus hijos, esto es, «un *gobierno paternalista (imperium paternale)*, en el que los súbditos - como niños menores de edad, incapaces de distinguir lo que les es verdaderamente beneficioso o perjudicial- se ven obligados a comportarse de manera meramente pasiva, aguardando sin más del juicio del jefe del Estado cómo *deban* ser felices y esperando simplemente de su bondad que éste también quiera que lo sean, un gobierno así es el mayor despotismo imaginable»⁵¹³. Kant habría vedado así la posibilidad de que el legislador político tuviera alguna legitimidad para «imponer a los ciudadanos la renuncia a su libertad a cambio de la provisión de unas fuentes constantes de felicidad (...). Los

⁵¹¹ KANT I., *En torno al tópico: eso vale para la teoría pero no sirve de nada en la práctica*, op. cit., p. 274 [Ak. viii, 290].

⁵¹² KANT I., *Reflexiones sobre Filosofía del Derecho*, Refl. 7854 [Ak. xix, 535], en *Kant. Antología*, op. cit., p. 97.

⁵¹³ KANT I., *En torno al tópico: eso vale para la teoría pero no sirve de nada en la práctica*, op. cit., pp. 274-275 [Ak. viii, 291].

seres humanos no soportan sacrificar su libertad en aras de una felicidad diseñada por otros»⁵¹⁴.

También en este antipaternalismo se estaría manifestando aquella opinión de Kant que rechazaba la felicidad como máxima incondicional. Señalábamos que el objetivo de la validez universal sólo puede alcanzarse si rechazamos objetivos sustantivos y materiales y nos restringimos a criterios formales. El paternalismo incumpliría aquel mandato de universalidad al estar conteniendo en sí datos sustantivos provenientes del mundo sensible, de los gustos y disgustos de las personas en el gobierno y articulándose en torno a deseos, intereses e inclinaciones incompatibles con una universalidad que debe ser puramente formal:

«La filosofía política de Kant es decididamente antipaternalista, rechazando todas aquellas políticas que procuran la felicidad y la educación moral. Este antipaternalismo es la contrapartida política del antieudemonismo de la filosofía moral kantiana»⁵¹⁵.

La sociedad justa, el Estado cosmopolita para Kant, ya sabemos que se inspira en el ideal de la Ilustración, radicalmente contrario a ese gobierno paternalista. La Ilustración, además de cualquiera de las perspectivas con que se la quiera estudiar, tiene en Kant también un sentido de perfección a la que el individuo debe aspirar, «es también un acto moral que se refiere a la autonomía de los individuos con respecto a su obrar»⁵¹⁶. En el Estado ilustrado los seres humanos participan desde la propia libertad en la formación de esa sociedad justa, asumiendo su responsabilidad en la articulación de las relaciones sociales. En cambio, el paternalismo abre un tenebroso horizonte de poder creciente por parte de los déspotas de todo género, que intentarían por todos los medios suplantar la libertad propia del hombre por la tutela del tirano. La disyuntiva es clara: «o mejorar la responsabilidad de cada cual consigo mismo, o entrar en un camino ilimitado en el que poderes incontrolados acabarían organizando la vida de seres humanos infantiles, dependientes, caprichosos y atemorizados»⁵¹⁷. Sólo el *sapere aude*, reclamado por Kant como lema de la época, puede hacer decantar la balanza por la primera opción.

⁵¹⁴ RODRÍGUEZ ARAMAYO R., “El diálogo de Kant con Spinoza y Rousseau: una lectura inmanente del papel asignado a Dios”, en *Kant y los retos práctico-morales de la actualidad*, Daniela Alegría y Paula Órdenes (coords.), Tecnos, Madrid, 2017, p. 78.

⁵¹⁵ KERSTING W., “Politics, freedom, and order: Kant’s political philosophy”, en *The Cambridge Companion to Kant*, Paul Guyer (ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 1992, p. 356.

⁵¹⁶ FLÓREZ MIGUEL C., “Comunidad ética y filosofía de la historia en Kant”, en *Kant después de Kant. En el bicentenario de la Crítica de la razón práctica*, Javier Muguerza y Roberto R. Aramayo (eds.), Tecnos, Madrid, 1989, p. 207.

⁵¹⁷ VILLACANAS J.L., *Immanuel Kant, las posibilidades de la razón*, op. cit., p. XLI.

Pero entonces esta tarea es estrictamente individual, no estatal. La filosofía kantiana entraña así un proyecto emancipador, puesto que propone liberar al hombre de toda tutela paternalista:

«Ilustración significa el abandono por parte del hombre de una minoría de edad cuyo responsable es él mismo. Esta minoría de edad significa la incapacidad para servirse de su entendimiento sin verse guiado por algún otro. Uno mismo es el culpable de dicha minoría de edad cuando su causa no reside en la falta de entendimiento, sino en la falta de resolución y valor para servirse del suyo propio sin la guía del de algún otro. Sapere aude! ¡Ten valor para servirte de tu propio entendimiento! Tal es el lema de la Ilustración. Pereza y cobardía son las causas merced a las cuales tantos hombres continúan siendo con gusto menores de edad durante toda su vida, pese a que la Naturaleza los haya liberado desde hace ya tiempo de una conducción ajena (haciéndolos físicamente adultos); y por eso les ha resultado tan fácil a otros erigirse en tutores suyos. Es tan cómodo ser menor de edad. Basta con tener un libro que supla mi entendimiento, alguien que vele por mi alma y haga las veces de mi conciencia moral, a un médico que me prescriba la dieta, etc., para que yo no tenga que tomarme tales molestias. No me hace falta pensar, siempre que pueda pagar; otros asumirán por mí tan engorrosa tarea. El que la mayor parte de los hombres (incluyendo a todo el bello sexo) consideren el paso hacia la mayoría de edad como algo hartamente peligroso, además de muy molesto, es algo por lo cual velan aquellos tutores que tan amablemente han echado sobre sí esa labor de superintendencia»⁵¹⁸.

Este célebre fragmento es una invitación a salir de nuestra minoría de edad. Mientras permanezcamos en ese periodo de inmadurez seguiremos siendo instrumentalizados: al igual que el hombre habría quedado anulado como mero súbdito en la maquinaria estatal, también el creyente queda manipulado y diseñado al antojo de la religión. Kant denuncia a quien trata de imponer sus creencias o prácticas sobre otros. Pero junto a esta denuncia, dirigida contra quienes ejercen esta presión de forma activa, hay otra llamada de atención aún más tajante a quienes se dejan dominar. El *¡sapere aude!* es una exhortación al individuo, no al Estado. Pues la conducta de quienes se conforman pasivamente con ese estado de inferioridad, y acatan la dominación que sobre ellos ejercen otros, resulta casi tan grave y culpable como la conducta de quienes los manipulan. Si la actitud de los que utilizan a otros como medios para sus fines desconoce el valor propio de cada individuo como fin en sí mismo, «no menos reprochable resulta la pasividad de los individuos que por pereza o miedo se conforman con la dependencia y traicionan su destino hacia la autonomía intelectual y moral»⁵¹⁹.

⁵¹⁸ KANT I., *Contestación a la pregunta: ¿Qué es la Ilustración?*, trad. de Roberto R. Aramayo, Gredos, Madrid, 2010, p. 319 [Ak. viii, 35].

⁵¹⁹ PAPACCHINI A., *Filosofía y Derechos Humanos*, op. cit., p. 234.

Entre los fines del Estado no contabilizamos el de hacer felices a sus ciudadanos; no es su misión procurarnos la felicidad, sino establecer un marco de convivencia en el que todo los ciudadanos puedan ejercer su libertad⁵²⁰. La felicidad es algo que «el Estado no realiza, sino que hace posible tan sólo, al mantener con el Derecho las esferas inviolables del obrar individual»⁵²¹. El cometido del Estado «no es conseguírnos por la fuerza la felicidad», su deber no es intervenir señalando «lo que, según su parecer, conduce mejor a la felicidad individual o colectiva, sino exclusivamente cuidar de que cada ciudadano pueda desarrollar su actividad libremente dentro de los límites señalados por el Derecho, y sin que nadie pueda perturbar la esfera garantizada por el orden jurídico»⁵²².

La felicidad no debe erigirse en meta de la legislación, ya que no es un principio universal para promulgar leyes, pues cada persona puede concebirla de forma distinta. En efecto, «cada proyecto de felicidad es absolutamente individual, pero implica a otros seres humanos en la medida en que no puede cumplirse sin entrar en relaciones sociales y sin colisionar, por tanto, con los objetivos vitales de los demás (...) La única forma de garantizar la posibilidad de que todos y cada uno persigan sus propios planes de vida según su peculiar idea de la felicidad consiste en el reconocimiento de un bien incondicionado, universalmente querido por todos». Y «sólo la moralidad puede asegurar en la praxis humana la compatibilidad entre los múltiples planes y modos individuales de ser feliz»⁵²³.

En la medida en que en nuestras relaciones con los demás nos tratemos a nosotros mismos y a los demás como fines objetivos, lo que estamos universalizando es la posibilidad de que cada uno sea feliz a su manera. Nos conducimos de tal modo que interiorizamos en nosotros la voluntad de los demás. Si limitamos nuestra búsqueda de felicidad para respetar el proyecto de felicidad del otro, introducimos la voluntad del otro en la nuestra. Si limitamos nuestra búsqueda de la felicidad de tal manera que sólo competa a nosotros mismos su realización, entonces no nos usamos a nosotros mismos como medios. Si limitamos la búsqueda de la felicidad de tal modo que para cumplir nuestro proyecto necesitemos del otro como medio, no le estaremos utilizando interesadamente. Sólo así, preocupándonos por nuestra propia felicidad y por la de los

⁵²⁰ RODRÍGUEZ ARAMAYO R., *Kant: entre la moral y la política*, op. cit., p. 135.

⁵²¹ GONZÁLEZ VICÉN F., *La filosofía del Estado en Kant*, op. cit., p. 87.

⁵²² GONZÁLEZ VICÉN F., *La filosofía del Estado en Kant*, op. cit., p. 88.

⁵²³ HERNÁNDEZ M., *Immanuel Kant, la moral y la estética de la razón*, op. cit., pp. LXVIII-LXIX.

demás, pero sin utilizarlos como medios para nuestro propio proyecto, la felicidad individual puede ser digna de alcanzarse.

Como vemos, este proyecto de felicidad se realiza «en la relación de los seres racionales entre sí»⁵²⁴. La concepción que se desprende de esta tesis es la de «un concepto de Derecho de Kant que se refiere a las acciones externas y no, como su concepto de la moral, a la actitud interna»⁵²⁵. Por eso es vital la distinción de planos en que opera el Derecho y la moral: el Derecho atañe a la libertad externa para obrar según el propio arbitrio, con independencia de la imposición ajena; no a la libertad interna o moral, en la que la independencia de la voluntad lo es con respecto a los propios impulsos, necesidades y pasiones. Al Derecho⁵²⁶ sólo se le reserva su condición de regulador de la coexistencia de las libertades individuales, y al Estado su papel de garante en dicha regulación mediante su no injerencia en el libre desarrollo de aquellas libertades. Por eso este concepto de Derecho de Kant sólo se refiere «a la esfera externa de la libertad de acción. Sólo le interesan los efectos de nuestras acciones que tengan incidencia sobre la libertad de acción de otros. Las intenciones internas y las convicciones están excluidas de la esfera de la justicia al igual que los intereses y las necesidades»⁵²⁷. De esta manera, si para ser virtuoso, debía proponerme como deber moralmente exigible mi propia perfección y la felicidad de los demás, en «el dominio del Derecho no importa por qué hago lo que hago, siempre y cuando me abstenga de violar los derechos de los demás»⁵²⁸.

Este es el argumento -de importancia indiscutible para la teoría kantiana del Derecho y del Estado, que aquí no hemos abordado, pero que magistralmente lo estudió Don Felipe González Vicén⁵²⁹- que explica por qué «en el fondo del pensamiento jurídico kantiano se halla la idea fundamental de que el postulado de la autonomía es un postulado dirigido al hombre en su ser concreto y que, por tanto, sólo él, en su individualidad, tiene que cumplir; que al Derecho le incumbe exclusivamente establecer aquellas condiciones

⁵²⁴ KANT I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 52 [Ak. iv, 434].

⁵²⁵ BLOCH E., *Derecho Natural y Dignidad Humana*, ed., estud. prelim. y notas de Francisco Serra, trad. del alemán de Felipe González Vicén, Dykinson, Madrid, 2011, p. 153.

⁵²⁶ Recordemos que el principio universal del Derecho propugnado por Kant hace que sea justa toda acción cuando “permite a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal”. KANT I., *La Metafísica de las Costumbres*, Primera Parte: Principios metafísicos de la doctrina del Derecho, op. cit., p. 39 [Ak. vi, 231].

⁵²⁷ KERSTING W., *Politics, freedom, and order: Kant's political philosophy*, op. cit., p. 345.

⁵²⁸ SCHNEEWIND J.B., *Autonomy, obligation and virtue: an overview of Kant's moral philosophy*, op. cit., p. 323.

⁵²⁹ Para González Vicén, “dos son las ideas fundamentales que se encierran en este concepto del Derecho: la idea de una limitación de la “libertad” y la de que esta limitación debe tener lugar de acuerdo con una ley general”. GONZÁLEZ VICÉN F., *La filosofía del Estado en Kant*, op. cit., p. 48.

que posibilitan y aseguran el cumplimiento de aquel imperativo en el mundo de las relaciones sociales»⁵³⁰. Y en este mundo en el que nos relacionamos cada día preocuparnos por la felicidad de otro no puede conducirnos a que suplantemos con nuestro propio criterio la voluntad de ese otro, ignorando o menospreciando la exigencia básica de su consideración como sujeto libre en la determinación de sus fines y, así, arruinar su propia concepción de la felicidad:

«Quien sólo puede ser feliz por decisión de otro (sea éste todo lo benévolo que se quiera), siéntese con razón infeliz. Pues ¿qué garantía tiene de que su poderoso prójimo coincidirá en el juicio sobre la felicidad con el suyo propio?»⁵³¹.

Y en las *Lecciones sobre la ética* retoma con fuerza esta misma denuncia: «por eso nadie puede hacerme feliz contra mi voluntad sin cometer injusticia para conmigo. Una forma de coaccionar a otro es imponerle el modo en que ha de ser feliz; tal es el subterfugio de la nobleza frente a sus súbditos»⁵³². Resulta aquí pertinente recordar que la estrategia de Kant es también la de ahuyentar al “moralista político” para que gane la partida el “político moral”. Kant contrapone las dos figuras y las enfrenta polémicamente. El primero «forja una moral tal que resulte útil a las conveniencias del hombre de Estado»; el “político moral” en cambio se esfuerza para que su habilidad política «pueda coexistir con la moral»⁵³³. Es ésta la figura que encarna la posición que Kant está propugnando. El “moralista político” (quizás identificable con algún tipo de maquiavelismo) queda derrotado en este debate y, tomando la metáfora kantiana, la paloma vence; y se compromete a servir de guía a la serpiente.

La solución del problema sólo puede entenderse desde el concepto de la insociable sociabilidad⁵³⁴. El concepto de libertad kantiano suele llamarse aquí «libertad limitativa,

⁵³⁰ GONZÁLEZ VICÉN F., *La filosofía del Estado en Kant*, op. cit., p. 56.

⁵³¹ KANT I., *Antropología práctica*, ed. Roberto R. Aramayo, Tecnos, Madrid, 1990 [Ak. vii, 268].

⁵³² KANT I., *Lecciones sobre la ética*, op. cit., p. 90 [Ak. xxvii, 281].

⁵³³ La dicotomía entre ambos tipos de políticos se halla en KANT I., *Hacia la paz perpetua*, trad. de Jacobo Muñoz y estud. introd. de Maximiliano Hernández Marcos, Gredos, Madrid, 2010, p. 334 [Ak. viii, 372].

⁵³⁴ De “antagonismo en la sociedad” habla Villacañas. Estaríamos “ante una individualización, presumida en todos, que acepta al mismo tiempo la naturalidad de la relación social. Por eso Kant es la síntesis de Hobbes y Aristóteles: en su insociable sociabilidad, el hombre es un animal social, pero también un animal individual”. VILLACAÑAS J.L., *Kant*, op. cit., pp. 357 y 358. Felipe González Vicén señalaba que el punto de partida en la reflexión jurídica kantiana es la “asocial sociabilidad del hombre”; la inclinación humana a vivir en sociedad, unida a la tendencia a obrar de tal modo que resulta imposible toda vida en común. Este conjunto de acciones contrapuestas y desvinculadas unas de otras es la material sobre la cual se ejercita el Derecho como orden. O, para decirlo con palabras de Kant, el objeto del Derecho no son las relaciones del hombre consigo mismo, no del hombre con Dios, sino del hombre con los demás hombres”. GONZÁLEZ VICÉN F., *La filosofía del Estado en Kant*, op. cit., p. 49. Lo que también resaltó Cassirer cuando afirmaba que “es el antagonismo de las fuerzas lo que acarrea todos los sufrimientos para la humanidad y, por otra parte, ese juego de fuerzas es lo único que hace posible a la humanidad”. CASSIRER E., *Kant y Rousseau*,

según el cual la libertad es y define lo que yo puedo hacer, mi esfera, y me dice que puedo hacer cuantas cosas legítimas estén a mi alcance, cosas todas que serán legítimas siempre que no interfieran con la libertad de otro (...). Es la condición de posibilidad de la convivencia. Es la esencia de lo que Kant llamó la *insociable sociabilidad*»⁵³⁵. Porque es en ese tráfico social donde hay que conjugar las posibilidades y choques de las distintas felicidades individuales. Esta libertad limitativa es también la libertad externa, que es diferente a la libertad interna o ética. Mientras que aquella habrá de conjugarse con las libertades externas de los demás (de ello precisamente se ocupa el Derecho), en cambio «la libertad interna o ética se fundamenta en sí misma. La ley moral, como expresión suprema de la libertad ética, es un factum»⁵³⁶.

Como el Derecho se orienta hacia la libertad externa, los aspectos puramente subjetivos, entre ellos la felicidad, sólo poseerán relevancia jurídica si tienen repercusión en el plano social. Es evidente que una libertad ilimitada haría inviable la convivencia. Por eso el Derecho sólo se encarga de la libertad externa de cada uno, entendida como independencia coactiva frente al arbitrio de otros, para compatibilizar «su coincidencia estrictamente general con la libertad externa de todos los demás»⁵³⁷. Así el Derecho no puede entrar en contradicción con la libertad moral -que opera en distinto plano, en el de la ética- ya que se dificultaría en gran medida la capacidad que tiene el hombre para «ser dueño absoluto de su propio destino, para realizarse como ser racional, es decir, como éticamente libre»⁵³⁸. O lo que es lo mismo: sólo serán legítimas únicamente aquellas prescripciones jurídicas que hagan compatible la libertad de cada uno con la libertad de todos los otros, conforme a leyes estrictamente generales. Este criterio traduce, en la teoría jurídica, el equivalente de lo que el imperativo categórico prescribe en la esfera de la ética. Por ello no podemos proveer la felicidad del otro de forma incondicionada, sino sólo en la medida en que esa felicidad del otro respete la posibilidad de los demás proyectos (entre ellos también el mío). Lo universalizable no es mi felicidad

op. cit., p. 209. Esas luchas de unos contra otros es “el motor de la historia” y “Kant da a ese motor un nombre: la insociable sociabilidad”. MENÉNDEZ UREÑA E., “Ilustración y conflicto en la filosofía de la historia de Kant”, en *Kant después de Kant. En el bicentenario de la Crítica de la razón práctica*, Javier Muguerza y Roberto R. Aramayo (eds.), Tecnos, Madrid, 1989, p. 225.

⁵³⁵ VALCARCEL A., “Libertad e igualdad”, en *Democracia y virtudes cívicas*, Pedro Cerezo Galán (ed.), Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, p. 274.

⁵³⁶ ALEU BENÍTEZ J., *Filosofía y libertad en Kant*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1987, p. 227.

⁵³⁷ HÖFFE O., *Immanuel Kant*, op. cit., p. 200.

⁵³⁸ ALEU BENÍTEZ J., *Filosofía y libertad en Kant*, op. cit., p. 247.

incondicionada, ni la felicidad incondicionada del otro, sino proyectos de felicidad que se respetan mutuamente:

«Lo que debo promover no es la felicidad del otro propiamente dicha, sino la posibilidad de que el otro interprete libremente su propio proyecto de felicidad y lo realice, de tal manera que su hermenéutica permita la mía»⁵³⁹.

El ciudadano no le pide al Estado que le marque el camino que le conduce a la felicidad, pero sí la garantía de que él pueda alcanzar ésta según su propio parecer. Porque el Derecho no tiene como fin «asegurar el cumplimiento del principio de autonomía en la convivencia; sino sólo hacerlo posible; no cuidar de su realización por el hombre, sino establecer un marco general, dentro del cual pueda ser cumplido ese cometido esencialmente individual»⁵⁴⁰. En idéntico sentido, para Cassirer, el Estado «no es la fuente de la felicidad y su sentido no consiste en reportar al hombre goces espirituales. Se trata más bien del marco en el que el hombre debe probar y comprobar su libertad»⁵⁴¹. Precisamente porque el Estado no impone un único modo de alcanzar la felicidad, el ciudadano tiene libertad para perseguirla a su manera. Una libertad de seguir su propia voluntad por los cauces que mejor le parezcan, atribuyéndole al Estado solo la garantía de hacer posible discurrir por cualquiera de ellos.

Esta ética kantiana desempeñó, y aún hoy así es, un papel fundamental en la construcción de la idea de los derechos humanos que gravita en torno al eje fundamental de la libertad. En la *Metafísica de las costumbres* se incluye un párrafo cuyo título no deja resquicio a las dudas: «No hay sino un derecho innato»⁵⁴². Kant argumenta esta tajante afirmación en los siguientes términos: «la *libertad* (la independencia con respecto al arbitrio constrictivo de otro), en la medida en que puede coexistir con la libertad de cualquier otro según una ley universal, es este derecho único, originario, que corresponde a todo hombre en virtud de su humanidad»⁵⁴³. Este derecho innato es definido de una manera negativa, en tanto consiste en la libertad de actuar independientemente de la constrictión de otros, lo que «implica que cada uno es su propio maestro (*sui iuris*) y que sus acciones, en la medida que ellas no afecten a otras personas ni a sus derechos, sino

⁵³⁹ VILLACANAS J.L., *Kant*, op. cit., p. 362.

⁵⁴⁰ GONZÁLEZ VICÉN F., *La filosofía del Estado en Kant*, op. cit., p. 56.

⁵⁴¹ CASSIRER E., *Kant y Rousseau*, op. cit., p. 211.

⁵⁴² KANT I., *La Metafísica de las Costumbres*, op. cit., p. 48 [Ak. vi, 237].

⁵⁴³ KANT I., *La Metafísica de las Costumbres*, op. cit., pp. 48 y 49 [Ak. vi, 237].

sólo a sí mismo, no son injustas»⁵⁴⁴. Los demás derechos que se consideran también innatos y, en primer lugar, la igualdad, entendida como independencia, es decir, «la cualidad del hombre de ser su *propio señor (sui iuris)*, se encuentran ya en el principio de la libertad innata y no se distinguen realmente de ella»⁵⁴⁵. Esta relación entre libertad y búsqueda “solitaria” de la felicidad ha sido bien apuntada por Joaquín Abellán:

«La formulación kantiana de la libertad afirma a ésta como el derecho originario que se refiere al hombre mismo, a sus intereses privados, a la búsqueda de la felicidad por el camino que cada uno quiera, haciendo compatible que la libertad de los otros también busque su felicidad por el camino que quiera igualmente (...). Kant establece así una relación directa e inmediata entre la libertad del hombre en cuanto hombre y la cualidad de ser dueño de sí mismo»⁵⁴⁶.

Respetamos el proyecto de vida o de felicidad de los demás cuando les reconocemos su autonomía para habérselo propuesto (le reconocemos como autolegisador de sus propios fines). Respetar significa aquí reconocer el valor de la persona por su condición de agente racional, por su capacidad de constituirse en autolegisador universal, por haberse hecho partícipe del reino de los fines: «este es el fundamento último -dice Pedro Cerezo- de la tolerancia. Tolerar es la forma de respetar al otro, reconociéndole en su dignidad»⁵⁴⁷. El respeto de los demás hacia nuestra persona no es algo que nos debamos ganar, sino algo que nos es debido. Que nos deban respeto es la consecuencia de tener dignidad. Por ser dignos tenemos que ser respetados. Así pues, «la idea de dignidad incluye el respetarse uno a sí mismo y respetar a los demás»⁵⁴⁸. Este deber de respetar a los demás por ser poseedores de mi misma dignidad ya lo hemos estudiado; ahora nos queda la otra cara de la moneda: el respetarse uno a sí mismo que enlaza con la idea de *autorrespeto*⁵⁴⁹, cuyo estudio constituye la segunda parte de este capítulo. Pero antes de pasar a ello hago un breve repaso de cómo en la actualidad relevantes autores siguen partiendo en sus reflexiones de este planteamiento kantiano.

⁵⁴⁴ KÖNING P., “Libertad en los Principios metafísicos de la Doctrina del derecho de Kant. Algunas observaciones metodológicas”, en *Kant y los retos práctico-morales de la actualidad*, Daniela Alegría y Paula Órdenes (coords.), Tecnos, Madrid, 2017, p. 133.

⁵⁴⁵ KANT I., *La Metafísica de las Costumbres*, op. cit., p. 49 [Ak. vi, 238].

⁵⁴⁶ ABELLÁN J., “En torno al concepto de ciudadano en Kant. Comentario de una aporía”, en *La paz y el ideal cosmopolita de la Ilustración. A propósito del bicentenario de Hacia la Paz Perpetua de Kant*, Roberto R. Aramayo, Javier Muguerza y Concha Roldán (eds.), Tecnos, Madrid, 1996, pp. 248 y 249.

⁵⁴⁷ CEREZO GALÁN P., *Tolerancia*, op. cit., p. 205.

⁵⁴⁸ CAMPS V., *Breve historia de la ética*, op. cit., p. 241.

⁵⁴⁹ Señalábamos al comienzo que la otra vertiente de la dignidad es la conciencia que de ella tiene uno mismo, una estima que hace que la humillación nos avergüence internamente cuando la padecemos.

4. LA ACTUALIZACIÓN DE LA IDEA KANTIANA DE DIGNIDAD

Una de las últimas publicaciones del filósofo alemán Jürgen Habermas, que lleva por título *La Constitución de Europa*, contiene un primer capítulo titulado *El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los Derechos Humanos*, que nos puede aportar algunas ideas valiosas sobre lo que aquí venimos discutiendo y es una prueba de la actualidad que sigue manteniendo la idea kantiana de dignidad.

En este estudio Habermas retoma un concepto histórico que ha sido el que ha colmado de sentido y contenido a los derechos humanos, como progresivo resultado de las vulneraciones de la dignidad humana que nuestra historia ha padecido. Solo desde la indignación que nos provocan los errores del pasado, es posible que la experiencia aliente un impulso razonablemente esperanzador «de implantar globalmente los mismos derechos para todos»⁵⁵⁰. Tomando este punto de partida, en torno a la idea de una dignidad humana como *fuerza moral* de la que todos los Derechos Fundamentales obtienen su sustancia, es posible que éstos irradien la fuerza explosiva suficiente para neutralizar cualquier menoscabo que pudiera serles perpetrado.

Parecería contrario invocar como bien jurídico una misma dignidad humana -que es la *misma* por ser *humana*- cuya protección desemboque en productos legislativos tan diferentes. La eutanasia, el aborto o la manipulación eugenésica del patrimonio genético nos dan rendida cuenta sobre ello, alumbrando disposiciones tan dispares como contextos culturales se hayan planteado su regulación. En cambio, el fundamento último que mueve el debate de estas cuestiones no se encuentra tan distanciado como parece y podría responder, en último término, a idiosincrasias temporales. Es el producto de retos históricos diferentes los que «actualizan en cada caso *diferentes* aspectos del significado de la dignidad humana. Los aspectos de la dignidad humana así especificados con ocasión de motivos distintos -dirá Habermas- pueden luego conducir tanto al *agotamiento* progresivo del contenido normativo de los derechos fundamentales garantizados, como al descubrimiento y la construcción de *nuevos* derechos fundamentales»⁵⁵¹. Es acertado colmar de contenido histórico ese concepto de dignidad humana⁵⁵², pues cuando la

⁵⁵⁰ HABERMAS J., “El concepto de dignidad humana y la utopía de los derechos humanos”, en *La constitución de Europa*, trad. de Javier Aguirre Román, Eduardo Mendieta y María Herrera, Trotta, Madrid, 2012, p. 12.

⁵⁵¹ HABERMAS J., *El concepto de dignidad humana y la utopía de los derechos humanos*, op. cit., p. 18.

⁵⁵² Los derechos humanos no son atemporales y su aparición en la historia es precisa. Encuentran el origen de su fundamento en un momento histórico concreto, que se puede rastrear, y son el producto o resultado de procesos y circunstancias históricas. Valgan por todas, PECES-BARBA, G. (coord.), *Curso de derechos*

realidad evidencia sus situaciones más hostiles es ciertamente cuando se han producido los mayores avances y principales logros en la materia. Y han sido precisamente esas «experiencias de exclusión, miseria y discriminación las que enseñan que los derechos fundamentales clásicos adquieren *un valor igual* para todos los ciudadanos»⁵⁵³.

Habermas se muestra partidario de sostener una noción de dignidad humana que entronca con el valor mismo de cada persona, que se posee por el mero hecho de serlo, un mínimo innegable por tener condición humana que impide su banalización. Esta no-superioridad entre iguales constituye el orden jurídico «que los ciudadanos de una comunidad política deben darse a sí mismos para poder respetarse unos a otros como miembros de una asociación de personas libres e iguales». Y afirma Habermas con énfasis: «solo la garantía de estos derechos humanos da origen al estatus de ciudadanos que, en calidad de sujetos de iguales derechos, tienen la facultad de exigir que se los respete en su dignidad humana»⁵⁵⁴.

La articulación más perfecta que en un ordenamiento jurídico encuentra esa dignidad humana es su materialización en forma de Derechos Fundamentales, esto es, «derechos positivos, penables y subjetivos que garantizan al individuo espacios de libertad y pretensiones pacíficas. Han sido diseñados para ser *concretizados* por medio de la legislación democrática; para ser *especificados*, caso a caso, mediante la jurisdicción, y para ser *impuestos* con sanciones estatales»⁵⁵⁵. De esta forma la dignidad humana se convierte en la puerta de acceso del contenido igualitario y universalista de la moral que es importado al Derecho. Los derechos morales innegables al hombre encuentran su moneda de cambio en el plano jurídico en la idea de dignidad humana que es, en definitiva, el puente de unión que ensambla la moral con el Derecho positivo, manifestado en la forma de Derechos Fundamentales así institucionalizados.

Ese ambiente propio en el que la dignidad humana puede aflorar y positivizarse no surge espontáneamente, ya que «ese marco es producido por los ciudadanos mismos con los medios del Derecho positivo, y debe ser protegido y desarrollado en condiciones

fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, 1995; y la magna obra PECES-BARBA G., FERNÁNDEZ GARCÍA E., DE ASÍS ROIG R., ANSUÁTEGUI ROIG F.J. y FERNÁNDEZ LIESA C.R. (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid. Es una obra pionera en su enfoque y profundidad, cuyo primer libro apareció en 1998, y se ha culminado recientemente con la publicación de su vigésimo segundo volumen.

⁵⁵³ HABERMAS J., *El concepto de dignidad humana y la utopía de los derechos humanos*, op. cit., p. 20.

⁵⁵⁴ HABERMAS J., *El concepto de dignidad humana y la utopía de los derechos humanos*, op. cit., p. 21.

⁵⁵⁵ HABERMAS J., *El concepto de dignidad humana y la utopía de los derechos humanos*, op. cit., p. 22.

históricamente cambiantes»⁵⁵⁶. De ahí que anteriormente resaltáramos que la coherencia de tales afirmaciones reclama vincularse a un concepto histórico de los derechos humanos, que no han sido ni siempre los mismos ni han ido evolucionando acompasadamente con la historia de la humanidad. La dignidad humana que es raíz de los derechos humanos «se encuentra asociada con el estatus que los ciudadanos asumen en el orden político autoproducido» y, por lo tanto, protegible y desarrollada solo si se logra «fundar y mantener un orden político basado en los derechos humanos»⁵⁵⁷.

Para Habermas es imposible atemporalizar el carácter jurídico de los derechos humanos que estriba en que estos protegen una dignidad humana derivada -precisamente- de un espacio-tiempo determinado: el del ciudadano del Estado democrático. Y si a esta situación ha sido posible llegar hoy es sin olvidar el origen beligerante -siempre tenso y traumático- que explica el carácter polémico y complejo de su evolución histórica. Estas constataciones no nos pueden hacer desfallecer del intento de coronar en el lugar que se merecen a los derechos humanos. Pues «esos fracasos no son razón suficiente para despojar a los propios derechos humanos de su plusvalía moral»⁵⁵⁸. Han sido los momentos más sangrantes de vulneración de la dignidad humana los que han marcado, a su vez, los grandes hitos de su conquista y los mayores avances. Sólo teniendo presente los errores del pasado (y algunos de ellos aún mantenidos hoy), es posible situar la dignidad humana en el lugar privilegiado que merece en nuestra convivencia y desde él irradiar su fuerza hasta el último resquicio de un orden jurídico y social.

Citemos otro ejemplo de la actualización del pensamiento de Kant que, partiendo de él, se acaba en cambio distanciando del filósofo de Königsberg. Y es que aunque sea capital para su propuesta política basada en el enfoque de las capacidades, la idea de dignidad sostenida por Marta C. Nussbaum se aparta en algunos puntos clave de la teoría kantiana. En su sentido de dignidad, la noción de respeto guarda una particular importancia. Su idea básica es que «ciertas condiciones de vida facilitan a las personas una vida que es merecedora de la dignidad humana que ellas poseen, mientras que otras condiciones no lo hacen». En estas últimas circunstancias, se producen situaciones de *vulnerabilidad*, donde la dignidad de la persona no desaparece, pero queda fuertemente deteriorada e inservible para poder hablar con propiedad de una vida *digna*. Su enfoque

⁵⁵⁶ HABERMAS J., *El concepto de dignidad humana y la utopía de los derechos humanos*, op. cit., p. 26.

⁵⁵⁷ HABERMAS J., *El concepto de dignidad humana y la utopía de los derechos humanos*, op. cit., p. 26.

⁵⁵⁸ HABERMAS J., *El concepto de dignidad humana y la utopía de los derechos humanos*, op. cit., p. 35.

de las capacidades quiere precisamente centrarse «en la protección de ámbitos de libertad tan cruciales que su supresión hace que la vida no sea humanamente digna»⁵⁵⁹.

Nussbaum nos hace ver y con razón que «ciertos modos de vida que muchos seres humanos están obligados a llevar no son plenamente humanos, pues no están a la altura de la dignidad propia del ser humano»⁵⁶⁰. Esta idea intuitiva le hace sostener que la protección de las diez *capacidades centrales*⁵⁶¹ que ella propone sea «un requisito esencial para que una vida esté realmente dotada de dignidad humana»⁵⁶². Por debajo de ese umbral, las capacidades no estarían aseguradas y la dignidad del ser humano se encontraría seriamente menoscabada. Sólo la protección y el aseguramiento de la lista de las diez capacidades puede hacer que una vida merezca el calificativo de digna y que el sujeto que la vive sea respetado en su dignidad:

«El ‘enfoque de las capacidades’, como yo lo concibo, afirma que una vida que carece de cualquiera de estas capacidades, sin importar lo que de resto tenga, no llegará a ser una buena vida humana. Por lo tanto, sería razonable tomar estas cosas como un factor importante al evaluar la calidad de vida en un país y preguntar sobre el papel de las políticas públicas en la satisfacción de las necesidades humanas»⁵⁶³.

Nussbaum parte de la consideración de que todos los seres humanos tienen un valor inherente e inalterable debido a estas capacidades. Pero estas capacidades son diez, y no una única al modo kantiano de ensalzar el razonamiento moral como lo distintivo del ser humano. Aunque sí reconoce la filósofa americana el papel *arquitectónico* que cumple la capacidad de razón práctica en su «presencia dominante sobre las demás»⁵⁶⁴. Nussbaum pretende superar la idea estoica y kantiana de que la dignidad del ser humano procede exclusivamente de su racionalidad o capacidad de juicio moral, pues ello supondría privar de dignidad a las personas en las que esta capacidad está mermada (discapacitados). Si nos quedáramos ceñidos a la idea kantiana tendríamos serias limitaciones para entender que también gozan de dignidad las personas que tienen

⁵⁵⁹ NUSSBAUM M.C., *Creating Capabilities*, The Belknap Press of Harvard University Press, Massachusetts, 2011. Cito por la traducción castellana de Albino Santos Mosquera, *Crear capacidades. Propuestas para el desarrollo humano*, Paidós, Barcelona, 1ª ed. 2012, pp. 50 y 52.

⁵⁶⁰ NUSSBAUM M.C., *Crear capacidades*, op. cit., p. 100.

⁵⁶¹ Recordemos cuáles son: vida; salud física; integridad física; sentidos, imaginación y pensamiento; emociones; razón práctica, afiliación; otras especies; juego; y control sobre el propio entorno. La lista se puede consultar en NUSSBAUM M.C., *Crear capacidades*, op. cit., pp. 53-55.

⁵⁶² NUSSBAUM M.C., *Crear capacidades*, op. cit., p. 101.

⁵⁶³ NUSSBAUM M.C., “The Good as Discipline, the Good as Freedom”, en *Ethics of Consumption: The Good Life, Justice, and Global Stewardship*, David A. Crocker y Toby Linden (eds.), Rowman and Littlefield, Lanham, 1998, p. 320.

⁵⁶⁴ NUSSBAUM M.C., *Crear capacidades*, op. cit., p. 59.

reducida su capacidad de enjuiciamiento moral. En cambio, para que alguien tenga derechos el enfoque de Nussbaum «sólo exige que haya nacido humano o humana y que cuente con un mínimo nivel de agencia; no estipula requisitos como la racionalidad ni otras propiedades específicas. De ese modo, permite que se reconozca la igualdad de los derechos humanos de las personas con discapacidades cognitivas»⁵⁶⁵. Para ello Nussbaum considera necesario eliminar la contraposición existente en la tradición estoico-kantiana entre humanidad y animalidad, y considerar la racionalidad moral como una capacidad más dentro del amplio espectro de capacidades distintivamente humanas:

«Mi enfoque de las capacidades, en cambio, mantiene una concepción totalmente unificada de la racionalidad y la animalidad. Partiendo de la idea aristotélica del ser humano como una criatura *necesitada de una pluralidad de actividades vitales*, ve la racionalidad simplemente como un aspecto del animal y, por cierto, no como el único que define la idea de un funcionamiento auténticamente humano»⁵⁶⁶.

Kant y los kantianos, según Nussbaum, habrían quedado integrados «en una larga tradición que se remonta a los griegos y a los estoicos romanos, para quienes la personalidad se identifica con la razón (en especial con la capacidad para el juicio moral), concebida como un aspecto de los seres humanos que los separa claramente de los animales no humanos y de su propia animalidad»⁵⁶⁷. John Rawls habría incurrido en el mismo error por haber seguido a Kant en este punto, pues «la concepción kantiana que Rawls tiene de la persona está basada en la racionalidad (tanto en la prudencial como en la moral), de manera que los seres humanos aquejados de discapacidades cognitivas serias sencillamente no cuentan como personas propiamente dichas para ese enfoque. Rawls sostiene explícitamente que los seres humanos que sean incapaces de suscribir acuerdos o contratos no son acreedores de justicia política»⁵⁶⁸.

Frente a esta visión estoico-kantiana⁵⁶⁹, basada en la racionalidad, en la capacidad para realizar juicios morales, Nussbaum propone un sentido de dignidad aristotélico-

⁵⁶⁵ NUSSBAUM M.C., *Crear capacidades*, op. cit., p. 84.

⁵⁶⁶ NUSSBAUM M.C., *Frontiers of justice: disability, nationality, species membership*, The Belknap Press of Harvard University Press, Massachusetts, 2006. Cito por la traducción de Ramón Vilà Vernis y Albino Santos Mosquera, *Las fronteras de la justicia: consideraciones sobre la exclusión*, Paidós, Barcelona, 2007, p. 167. También en NUSSBAUM M.C., “Human Dignity and Political Entitlements”, en *Human Dignity and Bioethics: Essays Commissioned by the President's Council on Bioethics*, Adam Schulman (ed.), President's Council on Bioethics, Washington, 2008, p. 352.

⁵⁶⁷ NUSSBAUM M.C., *Las fronteras de la justicia*, op. cit., p. 141.

⁵⁶⁸ NUSSBAUM M.C., *Crear capacidades*, op. cit., p. 110.

⁵⁶⁹ Ha estudiado el “trasfondo estoico del planteamiento kantiano” RODRÍGUEZ ARAMAYO R., “El auténtico sujeto moral de la filosofía kantiana de la historia”, en *Kant después de Kant. En el bicentenario*

marxista, que no separe lo racional y lo animal, es decir, que no considere la racionalidad como la única actividad auténticamente humana, sino como una capacidad más del animal que es el ser humano. Un animal que se caracteriza por ser social y por tener necesidades, que de no verse satisfechas pueden colocar al individuo en situaciones de vulnerabilidad y dependencia pero que no le hacen perder su dignidad. Nussbaum no deshecha por completo la tradición estoico-kantiana, de hecho considera que «la idea de la dignidad humana y de su valía ilimitada e igual para todas las personas es la aportación principal del estoicismo al enfoque de las capacidades»⁵⁷⁰, pero se requiere una noción *ampliada* de dignidad:

«Necesitamos una noción ampliada de dignidad, ya que tendríamos que referirnos no sólo a unas vidas acordes con la dignidad humana, sino también a una vida que estén a la altura de la dignidad de una amplia variedad de criaturas sensibles. A diferencia de los enfoques kantianos ampliados, que entienden que todo deber de dispensación de buen trato a los animales deriva del deber de sostener nuestra propia animalidad humana, el enfoque de las capacidades considera que cada tipo de animal tiene una dignidad propia»⁵⁷¹.

Y esta dignidad *ampliada* no puede partir de la tradición kantiana que reconduce todas las capacidades a la única facultad distintivamente humana del razonamiento moral: «para las personas con discapacidades, los elementos kantianos resultan problemáticos porque Kant justifica el respeto en la presencia de un elevado grado de racionalidad moral y, por consiguiente, se ve incapaz de otorgar una plena igualdad de respeto para las personas con discapacidades cognitivas graves»⁵⁷². Para abarcar una idea de dignidad que dé cuenta del resto de capacidades, que deben ser no sólo veneradas sino también garantizadas, debemos apostar por lo que Nussbaum denomina como la *alternativa aristotélico-marxista*:

«Los seres humanos tienen un valor que es de hecho inalienable, debido a sus capacidades para diversas formas de actividad y esfuerzo. Sin embargo, estas capacidades dependen del mundo para su pleno desarrollo y para funcionen realmente». De ahí que «la visión aristotélica vea las capacidades como dignas de respeto, pero aún no cumplidas, incompletas (...)».

¿Qué quiero decir, entonces, al decir que una vida que no contiene oportunidades para el desarrollo y el ejercicio de las principales capacidades humanas no es una vida digna? Quiero decir que es

de la *Crítica de la razón práctica*, Javier Muguerza y Roberto R. Aramayo (eds.), Tecnos, Madrid, 1989, p. 240.

⁵⁷⁰ NUSSBAUM M.C., *Crear capacidades*, op. cit., p. 156.

⁵⁷¹ NUSSBAUM M.C., *Crear capacidades*, op. cit., p. 190.

⁵⁷² NUSSBAUM M.C., *Crear capacidades*, op. cit., p. 108.

como encarcelar o violar una cosa libre cuyo florecimiento (basado en las capacidades) consiste en formas de actividad y elección intencional (...).

Los estoicos están equivocados si piensan que el respeto requiere solo una actitud reverencial. Requiere más: requiere crear las condiciones en las que las capacidades pueden desarrollarse y desplegarse. El respeto por la dignidad humana no se consigue solo hablando de boquilla, significa crear las condiciones favorables para su desarrollo»⁵⁷³.

No me resisto al menos a dejar constancia, señalándolo brevemente y para finalizar, de cómo entre nosotros el pensamiento kantiano en torno a la idea de dignidad también fue actualizado en un interesante debate entre Elías Díaz, Ernesto Garzón Valdés y Javier Muguerza⁵⁷⁴. En 1986 la propuesta, nada desfasada hoy, de este último se basaba en un *imperativo de la disidencia*⁵⁷⁵: entendiendo por éste -a diferencia del principio de universalización desde el que se pretendía fundamentar la adhesión a valores como la dignidad, la libertad o la igualdad- un imperativo que habría de fundamentar, más bien, la posibilidad de decir “no” a situaciones en las que prevalecen la indignidad, la falta de libertad o la desigualdad. Y en un importante trabajo, dos años posterior, titulado *La alternativa del disenso* decía Muguerza «en dos palabras»:

«Se trataría de preguntarnos si -tras tanta insistencia en el consenso, fáctico o contrafáctico, acerca de los derechos humanos- no extraeremos más provecho de un intento de “fundamentación” desde el *disenso*, esto es, de un intento de fundamentación negativa o disenso de los derechos humanos, a la que llamaré “la alternativa del disenso”»⁵⁷⁶.

⁵⁷³ NUSBAUM M.C., *Human Dignity and Political Entitlements*, op. cit., pp. 357-359.

⁵⁷⁴ Sobre ello puede leerse MUGUERZA J., *Ética, disenso y derechos humanos, en conversación con Ernesto Garzón Valdés*, op. cit. Se ha referido últimamente al debate DÍAZ E., “Concordia discorde y legitimidad democrática”, en *Diálogos con Javier Muguerza. Paisajes para una exposición virtual*, Roberto R. Aramayo, José Francisco Álvarez, Francisco Maseda y Concha Roldán (eds.), CSIC, Madrid, 2016, p. 302.

⁵⁷⁵ MUGUERZA J., “La obediencia al Derecho y el imperativo de la disidencia (Una intrusión en un debate)”, en *Sistema*, núm. 70, 1986, pp. 27-40.

⁵⁷⁶ MUGUERZA J., “La alternativa del disenso. (En torno a la fundamentación ética de los derechos humanos)”, en *El fundamento de los derechos humanos*, Javier Muguerza y otros autores (ed. preparada por Gregorio Peces-Barba), Debate, Madrid, 1989, p. 43. Es en esta disertación donde Muguerza esboza lo que luego constituirá la posición filosófica que le identifica como “el filósofo del disenso”. De ello se da rendida muestra, tanto de la polémica que suscitó su postura como del posterior estudio en torno a la idea del disenso, en el homenaje de *Isegoría* por su 80 cumpleaños, *Diálogos con Javier Muguerza*, op. cit.; en especial en el capítulo IV llamado “El bajo continuo del disenso”. Ahí el profesor Eusebio Fernández conecta la actitud transgresora de Antígona con la teoría del imperativo de la disidencia desarrollada por Javier Muguerza, en FERNÁNDEZ GARCÍA E., “El imperativo de la disidencia y Antígona (¿reaccionario o revolucionaria?)”, en *Diálogos con Javier Muguerza. Paisajes para una exposición virtual*, Roberto R. Aramayo, José Francisco Álvarez, Francisco Maseda y Concha Roldán (eds.), CSIC, Madrid, 2016, pp. 281-296. En la misma obra Victoria Camps escribe que “no es la primera fórmula del imperativo categórico kantiano, la de la universalidad, sino la segunda, la de la dignidad humana, la que le inspira a Muguerza lo que acabará llamando ‘imperativo de la disidencia’ (...). Es una ‘fundamentación negativa’, hecha desde el disenso en lugar de procurar el consenso. Es a través de la capacidad de decir no que los hombres y

Dicha segunda formulación del imperativo categórico de la *Fundamentación* descansaría para Kant «en la convicción, por él solemnemente aseverada en esta obra, de que “el hombre existe como un fin en sí mismo” y, como añadiría en la *Crítica de la razón práctica*, “no puede ser nunca utilizado por nadie (ni siquiera por Dios) únicamente como un medio, sin al mismo tiempo ser fin”»⁵⁷⁷. Y ahí es donde

«el imperativo de marras reviste de algún modo un carácter negativo, dado que -bajo su apariencia de oración gramaticalmente afirmativa- no nos dice en rigor “lo que” debemos hacer, sino más bien lo que “no debemos”, a saber, no debemos tratarnos, ni tratar a nadie, a título exclusivamente instrumental. Kant es tajante en este punto cuando afirma que *el fin que el hombre es* no es uno de esos fines particulares que nosotros podemos proponernos realizar con nuestras acciones y que generalmente son medios para la consecución de otros fines, como, pongamos por ejemplo, el bienestar o la felicidad. El hombre *no es un fin a realizar*»⁵⁷⁸.

La moraleja que se desprendería de dicho imperativo muguerziano, al autorizarnos a decir ‘no’ ante las injusticias, sería la de que el disidente es alguien que se toma muy en serio su voz interior, la voz del deber, y manifiesta su disenso no aceptando aquello que la voz de su conciencia le descubre como una tropelía. Si el reino de los fines es demasiado ideal, al menos alcanzar una «concordia discorde» permitiría acercar aquel reino a una comunidad más mundana admitiendo la incorporación en el diálogo de factores de discordia y disidencia⁵⁷⁹. La observancia de la ley moral, del imperativo

mujeres han ido conquistando los derechos fundamentales (...). Ha sido el insistente decir que no a una vida sin dignidad lo que ha ido dotando de contenido a los derechos de la libertad y la igualdad”. Para Muguerza, reconstruye Camps, “si algún fundamento tiene la ética es la propia autonomía del sujeto, no tanto para elaborar sus propias normas, como para oponerse a las vigentes”. Al fin y al cabo “es más fácil determinar qué contradice los valores de dignidad, igualdad y libertad que determinar qué habría que hacer o cómo debería ser el mundo para que esos valores se reflejaran en él. Es más fácil determinar lo que no se debe hacer, desde el punto de vista moral, que lo que se debe hacer”. Finalmente Camps vincula la ética del disenso muguerziano con la libertad positiva que Stuart Mill conceptúa en *Sobre la libertad*. CAMPS V., “El sujeto que dice no”, en *Diálogos con Javier Muguerza. Paisajes para una exposición virtual*, Roberto R. Aramayo, José Francisco Álvarez, Francisco Maseda y Concha Roldán (eds.), CSIC, Madrid, 2016, pp. 266, 268, 271 y 272.

⁵⁷⁷ MUGUERZA J., *La alternativa del disenso. (En torno a la fundamentación ética de los derechos humanos)*, op. cit., pp. 45-46.

⁵⁷⁸ MUGUERZA J., *La alternativa del disenso. (En torno a la fundamentación ética de los derechos humanos)*, op. cit., p. 46.

⁵⁷⁹ “La concordia discorde -señala Muguerza- entraña, pues, una visión de la comunidad como una comunidad de comunicación, incompatible en cuanto tal con la absoluta discordia y la ausencia de diálogo. Pero el diálogo tampoco tiene en ella por misión la instauración de la concordia absoluta. Y, de hecho, le es tan imprescindible incorporar factores de discordia tales como la lucha de clases u otros géneros de conflicto cuanto excluir de su seno cualquier género de consenso que suponga la uniformación de los individuos y, en definitiva, la anulación de la individualidad. Por lo demás, y en tanto que imperfecta realización aquí y ahora del reino kantiano de los fines, la concordia discorde trataría de retener al menos dos de las más importantes características de este último. Por una parte, la comunidad regida por la concordia discorde habría de estar integrada por auténticos individuos o *sujetos*, pues sólo esos sujetos podrían tratarse mutuamente como fines en sí mismos y no tan sólo como medios, es decir, como *objetos*. Por otra parte, tendría que propiciar la más amplia *comunidad* de intereses entre esos sujetos, en el bien

categorico, inhibe al disidente a participar en el juego y mostrarse radicalmente disconforme frente a la indignidad, frente a todo lo que atente contra el hombre como fin en sí mismo. El disidente aspira también (como el sujeto kantiano) a la universalización de su máxima, esto es, a universalizar su rechazo de la injusticia:

«Su mayor anhelo es establecer unas reglas de juego que sean justas y resulten equitativas para todos los participantes. Es claro que no pretende constituir una excepción a la norma, sino que tiene a modificar ésta, siendo su disenso lo que acaba por dinamizar la revisión y actualización de las pautas morales o jurídicas. Cuando el disidente lucha contra la indignidad y aboga con el disenso por su desaparición, lo hace con el afán de universalizar su punto de vista. El disidente genuinamente moral no puede renunciar a la pretensión de universalizar sus anhelos en un orden social algo menos injusto»⁵⁸⁰.

También, en la actualidad, Rodolfo Vázquez ha defendido un concepto de dignidad al que se acceder mejor por “vía negativa” que por “vía positiva”. Esta “vía negativa” supone entender que la dignidad lo que fija es un «umbral mínimo», un «mínimo inalterable» por debajo del cual aparecen las «nociones negativas» o indignas de la privación, la enajenación o la vulnerabilidad. Ser tratado con dignidad significa «ser tratado sin crueldad y sin humillación»⁵⁸¹. Manuel Atienza recuerda el parecido que tienen las tesis de Rodolfo Vázquez con el imperativo de la disidencia muguerziano y alerta de las dificultades a las que se enfrenta esta “vía negativa” cuando trata de definir la dignidad. Tras manifestar sus diferencias y coincidencias con Vázquez, Atienza se muestra partidario de un concepto de dignidad basado «en el derecho y la obligación que tiene cada individuo de desarrollarse a sí mismo como persona (un desarrollo que admite obviamente una pluralidad de formas, de maneras de vivir; aunque no cualquier forma de vida sea aceptable) y, al mismo tiempo, la obligación en relación con los demás, con cada uno de los individuos humanos, de contribuir a su libre (e igual) desarrollo»⁵⁸².

Todo ello bien merecería un estudio aparte que aquí solo puedo dejar apuntado. Valgan estas referencias -cuya simplicidad no hace justicia al importante trasfondo que

entendido de que ninguna comunión de intereses podría estar por encima de su común participación en la *condición humana*, que es lo que hace de ellos sujetos y no objetos”. MUGUERZA J., *Habermas en el reino de los fines*, op. cit., pp. 122-123.

⁵⁸⁰ RODRÍGUEZ ARAMAYO R., *Kant: entre la moral y la política*, op. cit., p. 244.

⁵⁸¹ VÁZQUEZ R., *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitarista*, cap. II: El concepto de dignidad y la vía negativa de acceso a los derechos, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2015, pp. 33 y 45.

⁵⁸² ATIENZA M., “Un comentario sobre el concepto de dignidad”, en *Entre la libertad y la igualdad. Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez*, tomo I, J. Cerdio, P. de Larrañaga y P. Salazar (coords.), UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2017, p. 275.

contienen- como muestra de la pervivencia en la actualidad del pensamiento de Kant en torno a la idea de dignidad.

AUTORRESPECTO⁵⁸³**1. INTRODUCCIÓN.**

El autorrespeto es seguramente una de las dimensiones morales más importantes para la vida de una persona. El ser humano que es capaz de estimarse y respetarse a sí mismo tiene la posibilidad de dotar a su vida de valor, de convertir su existencia en un proyecto pleno, satisfactorio y significativo. El individuo que se autorrespeto desecha una vida mediocre y plana y prefiere hacer de ella algo valioso y duradero. Habrá un conjunto de normas y pautas que inspiren su vida y asumirá la responsabilidad de sus actos como autor de los mismos. La persona que se respeta se reconoce a sí misma como poseedora de valor moral, como detentadora de dignidad, sufre la humillación cuando es ofendida, siente la vergüenza cuando fracasa y disfruta de un sano orgullo cuando triunfa⁵⁸⁴.

Señalábamos al comienzo de este capítulo que la otra vertiente de la dignidad es la conciencia que de ella tiene uno mismo, un sentimiento que hace que la humillación nos avergüence internamente cuando la padecemos. De hecho, la noción de autorrespeto se suele explicar mejor desde su ausencia. Es su pérdida o aminoración la que revela su importancia. Son situaciones de vulneración del autorrespeto las que hacen caer en la cuenta de su valor y quienes sufren tales situaciones son las personas que tienen una conciencia más profunda de lo indispensable que es el autorrespeto. Relatos como el de Hannah Arendt acerca de los refugiados -un tema tan actual como preocupante para nuestros países latinos mediterráneos- dan muestra de la pérdida de autoestima que asedia al *paria* cuando sufre los infortunios del desarraigo:

«Al perder nuestro hogar perdimos nuestra familiaridad con la vida cotidiana. Al perder nuestra profesión perdimos nuestra confianza en ser de alguna manera útiles para este mundo. Al perder nuestra lengua perdimos la naturalidad de nuestras reacciones, la sencillez de nuestros gestos y la

⁵⁸³ Ni la palabra *autorrespeto* ni *autorespeto* (con una *r* como algunos la escriben) están recogidas en el diccionario de la Real Academia Española. Aquí se seguirán utilizando por ser las que manejaron sus teorizadores (y sus traductores) y por ser expresiones que recogen con exactitud el significado que queremos transmitir.

⁵⁸⁴ Elena Beltrán también ha diseñado un planteamiento en el que liga dignidad humana y autoestima. En síntesis: “el imperativo categórico kantiano define los límites de una esfera que ha de quedar fuera del alcance de los otros. La dignidad infinita de cada persona exige que los demás respeten la inviolabilidad de esa esfera de voluntad libre. El valor absoluto inherente a nuestra personalidad moral se configura como la base de nuestra autoestima, a la vez que es el pilar de la exigencia a los demás del respeto hacia uno mismo y la base de la igualdad entre todos”. BELTRÁN E., “La dignidad humana: entre el derecho y la moral”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, ed. especial: homenaje a Francisco Laporta y Liborio Hierro, Universidad de Alicante, 2017, p. 75.

expresión espontánea de nuestros sentimientos (...). Cuando nos salvan nos sentimos humillados y, si nos ayudan, nos sentimos rebajados»⁵⁸⁵.

Una vía negativa similar -de pérdida de autorrespeto como ataque a la dignidad- la ensayó con notable éxito Judith Shklar (que compartía con Arendt no sólo su interés por explicar las causas de los males del siglo XX, sino también su condición de *paria*, de extrañas en su propio país -Shklar era letona de familia judía exilada en Norteamérica-). Frente a la narración tradicional de conceptos como el de dignidad, o respeto o, sencillamente, justicia, Shklar sugiere que son las experiencias de la humillación, el miedo o la crueldad las que están en la base de nuestra concepción política. Esas experiencias son las que nadie en su sano juicio puede desear. La acción política tendrá que ser enjuiciada entonces desde la perspectiva de la víctima, desde la capacidad que tenga para evitarnos dichos males. Así, su 'liberalismo negativo' no trata de definir el bien, sino rechazar el daño:

El liberalismo del miedo «no ofrece, sin duda, un *summum bonum* por el que todos los agentes políticos deberían luchar, sino que comienza ciertamente por un *summum malum* que todos nosotros conocemos y deberíamos evitar, si pudiéramos. Ese mal es la crueldad y el miedo que despierta, así como el miedo al miedo mismo»⁵⁸⁶.

Su visión de la política es modesta y las experiencias históricas impiden hacer pronósticos halagüeños. Shklar se conformaría con que la política se concentrara «en el control de los daños»⁵⁸⁷, en prevenir la crueldad. Evitar el sufrimiento en definitiva. Y, sobre todo, alejar el miedo a padecerlo. Su 'liberalismo del miedo' asume que la única posibilidad de la libertad es la ausencia de temores. De este modo, si los gobiernos son capaces de infligir miedo y crueldad, no queda más que la población se arme contra ellos e «institucionalice la sospecha, ya que sólo una población desconfiada está en condiciones de velar por sus derechos, evitar el miedo y ser capaz de hacer sus propios proyectos, ya

⁵⁸⁵ ARENDT H., "Nosotros, los refugiados", en *Tiempos presentes*, Gedisa, Barcelona, 2002, pp. 10 y 15. Es conocida la diferenciación que hace Hannah Arendt entre los parias sociales (aislados y excluidos de la sociedad), los advenedizos o arribistas (que prefieren *asimilarse* en la sociedad de acogida, como era el caso de los judíos *convertidos*) y los parias conscientes (que se integran en la sociedad pero lo hacen como judíos, queriendo mantener su identidad en el espacio público antes que asimilarse). Quizás los que más sufran la vergüenza y sientan su respeto propio menoscabado sean los primeros.

⁵⁸⁶ SHKLAR J., "The Liberalism of Fear", en *Liberalism and the Moral Life*, Nancy L. Rosenblum (ed.), Harvard University Press, Cambridge, 1989, p. 21. El artículo luego apareció en HOFFMANN S. (ed.), *Political Thought and Political Thinkers*, foreword by George Kateb, University of Chicago Press, Chicago, 1996, p. 3-21. Cito por la traducción española de Ricardo García Pérez, *El liberalismo del miedo*, Herder, Barcelona, 2018, p. 55.

⁵⁸⁷ SHKLAR J., *El liberalismo del miedo*, op. cit., p. 51.

sean éstos grandes o modestos»⁵⁸⁸. Esta forma de entender el liberalismo “en negativo” - en vez de perseguir la justicia, evitar los grandes males- entiende el autorrespeto como rechazo de la crueldad y de los daños potenciales que puedan sufrir los ciudadanos como condición de posibilidad mínima para el ejercicio de la libertad personal: «el liberalismo sólo tiene un objetivo primordial: garantizar las condiciones políticas necesarias para el ejercicio de la libertad personal»⁵⁸⁹.

La reinterpretación del liberalismo político -en la estela de Rawls- que hace Judith Shklar muestra de qué manera nuestras concepciones básicas se han ido construyendo como reacciones y resistencias a las experiencias de injusticia y crueldades que han ido plagando la historia: han sido experiencias como la esclavitud, la tortura o la desigualdad, y conceptos como la humillación, el no reconocimiento de la dignidad, la desigualdad o la vergüenza los que dan cuerpo a esa concepción negativa. La dignidad no sería tanto una cualidad inherente a la persona sino una dimensión que cabe reconocer o negar cuando no somos reconocidos como persona por otros. Si -como señalaremos- para Rawls una sociedad no es justa si no asienta sus instituciones básicas sobre el bien primario del autorrespeto, y para Margalit sólo una sociedad es decente si sus instituciones no humillan a sus ciudadanos, para Shklar una sociedad democrática tiene que ser capaz de expresar el sentido de la injusticia de los seres humanos cuando se les hace una afrenta:

«Bajo condiciones democráticas razonablemente favorables, su sentido de la dignidad personal florecerá y se animará su afirmación, especialmente contra la arrogancia crónica de los agentes gubernamentales. Idealmente, los ciudadanos deberían ser protegidos no sólo contra las injusticias, sino contra la posibilidad de ser víctimas de un abuso de poder por su propio bien. Es más, sin su abierto consentimiento y comprensión, no podemos suponer que sus expectativas legítimas están siendo satisfechas y que su silencio no implique nada sino una aceptación resignada»⁵⁹⁰.

El autorrespeto se ha estudiado desde distintas disciplinas. Parece un asunto más propio de la psicología (autoestima) o la sociología (reputación, fama, propia imagen). El derecho constitucional estudia la protección del honor como derecho fundamental (en el artículo 18 CE) que enraíza con la intimidad y la privacidad. También el derecho penal sitúa el honor, en cuanto aspecto de la dignidad de la persona, como bien jurídico

⁵⁸⁸ SHKLAR J., *Ordinary Vices*, Harvard University Press, Cambridge, 1984, p. 238.

⁵⁸⁹ SHKLAR J., *El liberalismo del miedo*, op. cit., p. 36.

⁵⁹⁰ SHKLAR J., *The faces of injustice*, Yale University Press, New Haven, 1990. Cito por la traducción española de Alicia García Ruíz, *Los rostros de la injusticia*, pról. de Fernando Vallespín, Herder, Barcelona, 2ª ed. 2013, p. 151.

protegido en los delitos de injurias y calumnias. Sin embargo, su tratamiento filosófico presenta perfiles propios.

La idea de autorrespeto no es novedosa. Ya en Aristóteles, San Agustín, Hobbes, Hume o Kant encontramos pronunciamientos al respecto. Aunque cada uno de ellos, al igual que tantos otros autores como han abordado la cuestión en la actualidad, han utilizado términos y propuestas distintas para designar un mismo fenómeno (magnanimidad, orgullo, autoestima, respeto propio...) ⁵⁹¹. Lo que hoy llamamos autoestima es un sentimiento que se ha designado de diferentes maneras, aunque «todos los términos están relacionados y tienen que ver con la confianza y el aprecio que uno tiene por sí mismo» ⁵⁹². A pesar de sus diferentes denominaciones, se pueden extraer unas notas comunes que permiten caracterizar, en conjunto, la idea de autorrespeto. Entre los autores clásicos, quizás hayan sido Kant y Hume sus principales teorizadores. Y en la filosofía moral contemporánea, John Rawls fue quien revitalizó y actualizó el estudio del autorrespeto al concederle una considerable importancia en su *Teoría de la Justicia*. Desarrollos teóricos posteriores, como el de Ronald Dworkin en su *Justicia para erizos*, son también destacables.

El tratamiento actual del autorrespeto va indisolublemente ligado a los movimientos sociales en los cuales aquella idea se presenta como crucial por su riesgo de deterioro. La referencia al autorrespeto suele aparecer en debates que tienen por protagonistas a ciertos grupos sociales que presentan amenazas de discriminación o son minorías en situaciones de riesgo o exclusión. El estudio del autorrespeto implica, a su vez, el estudio de aquellos grupos que padecen su carestía. Así lo demuestran algunos

⁵⁹¹ En la literatura sobre el tema los términos “autoestima” y “autorrespeto” normalmente aparecen confundidos y se usan indistintamente. El propio Rawls al comienzo de la sección 67 de su *Teoría de la Justicia*, dice que intentará “definir el autorrespeto (o la autoestima)...”. Se explica este uso indistinto de ambos términos en SACHS D., “How to distinguish Self-Respect from Self-Esteem”, en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 10, núm. 4, autumn 1981, pp. 346-360.

⁵⁹² CAMPS V., *El gobierno de las emociones*, Herder, Barcelona, 2011 (7ª reimpr. 2017), p. 213. Señala Victoria Camps que “la autoestima proviene de la reacción ante la propia imagen y de la consideración que a uno le merece su propia persona. Tiene autoestima quien se siente a gusto consigo mismo y por ser como es”, op. cit., p. 213.

ejemplos de movimientos sociales como el feminismo⁵⁹³, la homosexualidad⁵⁹⁴ o las minorías raciales⁵⁹⁵. Es innegable que los autores que han profundizado en la idea de autorrespeto han tenido en mente las traumáticas experiencias de dichos grupos en sus análisis. Y, para muchos teóricos, el valor y la realización de la justicia que evalúan en sus obras se medirán, en gran parte, por las cotas de autorrespeto que las instituciones de una sociedad garanticen a sus miembros. El déficit de su garantía sería contraproducente -y la experiencia histórica así lo demuestra- para la construcción de una sociedad bien ordenada (Rawls) y decente (Margalit).

⁵⁹³ La profesora Robin S. Dillon ha manifestado que “para muchas mujeres el autorrespeto es difícil de alcanzar, tenemos poca o ninguna confianza en nuestro propio valor, sentimos la necesidad de una mayor o más segura relación con nosotras mismas. Y la mayoría de nosotras, sospecho, experimenta estas dificultades en términos de deficiencia o fracaso personal, y tratamos de buscar una solución a nuestros problemas de autorrespeto en la mejora personal. La crítica feminista ha revelado que conceptos que tienen parentesco con el autorrespeto (como la autonomía, la responsabilidad, identidad, virtud e integridad) están imbuidos de una posición patriarcal, amenazando así con convertir al autorrespeto en un concepto peligroso y problemático”. Para ello Dillon propone “la tarea de desarrollar una concepción feminista del autorrespeto”. DILLON R.S., “Toward a Feminist Conception of Self-Respect”, en *Hypatia*, vol. 7, núm. 1, winter 1992, pp. 52 y 53.

⁵⁹⁴ Explica Pérez Triviño que un grupo que tradicionalmente “ha padecido una afección al autorrespeto es el de los gays y lesbianas. Durante el largo tiempo que han tenido que vivir *escondidos en el armario*, muchos de ellos y de ellas se han sentido inferiores, con un bajo nivel de autorrespeto que les dificultaba desarrollar plenamente sus planes de vida. Es más, como suele ser común entre los grupos oprimidos, un efecto de la opresión ha sido que los individuos son incapaces para reconocer las distorsiones que se dan en su propio sentido del valor. Es decir, en ocasiones ni siquiera adquieren la conciencia de estar en una situación de desigualdad o de opresión, de forma tal que son incapaces de reaccionar ante tal situación. En la medida en que la lucha de este colectivo por afirmar la igual dignidad que comparten con el resto de los miembros de la sociedad se ha ido desarrollando, la expresión pública de sus tendencias sexuales ha contribuido a la recuperación del autorrespeto perdido”. PÉREZ TRIVIÑO J.L., *De la dignidad humana y otras cuestiones jurídico-morales*, op. cit., p. 40. Cuando se estaba debatiendo en el Parlamento español la reforma legislativa que habría de posibilitar el matrimonio homosexual, el profesor Pérez Triviño escribía: “la discriminación ejercida por los Estados o los grupos sociales no sólo ha tenido repercusión en los derechos y oportunidades de los que han carecido los homosexuales, sino que además ha contribuido a amparar la humillación y degradación social que han sufrido. Y estas prácticas han tenido un impacto notable en el descenso de su autorrespeto. Históricamente se ha forjado una imagen de la homosexualidad como algo pervertido, insano, delictivo y amoral, lo cual obviamente ha tenido repercusión en la concepción que tiene de sí mismo el individuo homosexual, hasta el punto de que durante mucho tiempo una gran parte ha mantenido oculta su orientación sexual y ha vivido con auténtico terror que su familia, sus amigos, vecinos o compañeros de trabajo pudieran descubrirla. Es más, algunos han podido adoptar actitudes serviles en cierto sentido análogas a las del *Tío Tom*, el personaje de la novela de Harriet Stowe, que acepta pasivamente su condición de esclavo y no tiene conciencia crítica de sus derechos y por ello, apenas muestra interés en reclamar su libertad y la de su familia frente a sus dueños blancos (...). En la medida en que el autorrespeto tiene una dimensión pública, la propia sociedad y las instituciones preocupadas por la igual dignidad de todos sus miembros deberá estar comprometida en esa tarea”. PÉREZ TRIVIÑO J.L., “Homosexuales y autorrespeto”, en *El País*, edición impresa de Cataluña del domingo 10 de abril de 2005.

⁵⁹⁵ Laurence Thomas ha señalado que fue “el movimiento por los derechos civiles de 1960 lo que provocó el cambio más fundamental en las vidas de la población negra. Aumentó su autorrespeto. Aseguró o, en todo caso, hizo a los negros tener la firme convicción de que tienen un status moral y, por lo tanto, del derecho a un trato justo”. Las proclamas que combatieron la segregación racial posibilitaron que “un grupo de personas que habían sido tratadas injustamente recibieran un trato justo, se mejorara su autoestima, así como su autorrespeto”. THOMAS L., “Self-Respect: Theory and Practice”, en *Dignity, Character and Self-Respect*, Robin S. Dillon (ed.), Routledge, New York, 1995, p. 260.

Para John Rawls, esa sociedad bien ordenada sólo se alcanzaría «cuando las instituciones básicas satisfacen las condiciones de una concepción política de la justicia comúnmente reconocida por los ciudadanos que abrazan doctrinas comprensivas convergentes en un consenso entrecruzado». Sólo de esa manera las instituciones de esa sociedad estarían dando «margen suficiente para que se desarrollen los estilos de vida dignos del apoyo de los ciudadanos»⁵⁹⁶. Por su parte, Avishai Margalit ha ensayado una propuesta de sociedad decente como «aquella que combate las condiciones que justifican que quienes forman parte de ella se consideren humillados. Una sociedad es decente si sus instituciones no actúan de manera que las personas sujetas a su autoridad crean tener razones para sentirse humilladas»⁵⁹⁷.

Observamos que estos autores ponen un especial acento en el papel social que cumplen las instituciones en la construcción del autorrespeto. Para que no parezca que manejamos el plano privado y el público indistintamente y de forma contradictoria, es necesario aclarar que, si bien decíamos que el autorrespeto es una estima personal, algo que el sujeto experimenta interiormente, también tiene un componente social y político innegable:

«El autorrespeto que puede sentir un individuo está especialmente vinculado a sus relaciones sociales en las que desarrolla su vida. Y no es extraño en absoluto que cuando las instituciones sociopolíticas son discriminatorias en la distribución de las ventajas y las cargas entre los grupos sociales, o cuando uno de los grupos se siente oprimido o degradado por la legislación o por la actuación de los poderes públicos, los individuos puedan sentir que su autorrespeto sea menor o esté destruido»⁵⁹⁸.

Tendremos que hacer referencia continuamente a esta dualidad de planos (personal y social) sobre los que opera la idea de autorrespeto, asumiendo desde el inicio que en la construcción del autorrespeto van a incidir ambas dimensiones de forma inseparable:

«Nadie se forma una imagen de sí mismo al margen de los demás, es en el espejo ajeno en quien uno se contempla y deduce cómo es, la propia imagen depende y va precedida por las imágenes y las opiniones que los otros tienen de uno. Imágenes que, a su vez, se forman a partir de aquellas

⁵⁹⁶ RAWLS J., *El liberalismo político*, op. cit., p. 221.

⁵⁹⁷ MARGALIT A., *The Decent Society*, Harvard University Press, 1996. Cito por la traducción al castellano de Carme Castells Auleda, *La sociedad decente*, Paidós, Barcelona, 2010, p. 22.

⁵⁹⁸ PÉREZ TRIVIÑO J.L., *De la dignidad humana y otras cuestiones jurídico-morales*, op. cit., p. 39.

creencias normas que indican cómo debemos ser. Uno se reconoce a sí mismo en la mirada de los demás y, sobre todo, en la de aquellos a quien más aprecia y estima»⁵⁹⁹.

También será necesario comprobar de qué manera puede desplegarse, ejercerse y “vivirse” la idea de autorrespeto en el seno de las distintas sociedades que postulan nuestros filósofos. Habría que preguntarse qué papel cumple el autorrespeto en una determinada organización social, cómo se distribuye el autorrespeto en una sociedad y si es posible medir la justicia o injusticia de una sociedad en función de las cotas de autorrespeto aseguradas a sus miembros.

2. EL AUTORRESPETO COMO BIEN PRIMARIO EN LA *TEORÍA DE LA JUSTICIA* DE JOHN RAWLS.

En la sociedad bien ordenada de Rawls, el autorrespeto es un elemento que es condición para que ésta se alcance. Tanto es así que el autor no duda en elevar el autorrespeto a la categoría de *bien primario*, es decir, como una de esas cosas que «los ciudadanos necesitan en tanto que personas libres e iguales»⁶⁰⁰ para trazar y realizar cualquier plan de vida. De hecho es tal la importancia que le otorga que llega a afirmar que «tal vez el bien primario más importante sea el del respeto propio»⁶⁰¹.

Quisiera aclarar desde el comienzo que manejaré indistintamente los términos de autorrespeto y respeto propio. En la edición inglesa de *A Theory of Justice* de 1971, Rawls titula su sección 67 como “Self-Respect, Excellences and Shame”. En la primera edición de 1979 traducida al español, en el Fondo de Cultura Económica, dicha sección se denominó “Autorrespeto, Excelencias y Vergüenza” (pp. 485-493). La segunda edición española de 1995 cambia el rotulo por el de “El Respeto Propio, Excelencias y Vergüenza”⁶⁰².

⁵⁹⁹ CAMPS V., *El gobierno de las emociones*, op. cit., p. 111.

⁶⁰⁰ RAWLS J., *El liberalismo político*, op. cit., p. 214.

⁶⁰¹ RAWLS J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 398. En la página 69, al enunciar los dos principios de la justicia y el listado de los bienes primarios, ya dejó dicho que “el bien primario del respeto a sí mismo ocupará un lugar central”. Y en la página 360 también recuerda que “el respeto propio y una segura confianza en el sentido del propio valor constituyen tal vez los más importantes bienes primarios”.

⁶⁰² Sobre estas peculiaridades quizás convenga leer los artículos de JÍMENEZ REDONDO M., “A propósito de la versión castellana de la obra de John Rawls *A Theory of Justice*”, en *Teorema: Revista internacional de filosofía*, vol. 11, núm 2/3, 1981, pp. 231-239; y de AGRA ROMERO M.J., “¿Es la versión castellana de *A Theory of Justice* de J. Rawls una versión modificada?”, en *Teorema: Revista Internacional de Filosofía*, vol. 13, núm 1/2, 1983, pp. 273-283. En este último artículo la autora pasa revista a las innumerables dolencias que aquejan a la edición española de esta obra: supresión de líneas e incluso

Los bienes primarios son aquellos elementos comunes que se repiten en cualquier concepción del bien de una persona, de tal modo que son extensibles a, y deseables por, todo ser humano. Todos los individuos, sean cuales sean sus doctrinas comprensivas, anhelarán y requerirán la posesión de tales bienes como «requisitos para realizar sus planes de vida»⁶⁰³. La intuición propuesta se encamina a «hallar una caracterización general del bien de los individuos abstraída del modo en que ellos mismos, más específicamente, lo entienden, una caracterización, pues, que resulte adecuadamente imparcial entre las personas»⁶⁰⁴. Lo que se observe tras ese recuento serán los bienes primarios extrapolables a toda persona que lo son por estar presentes, a su vez, en las necesidades de todas ellas; esto es, los bienes primarios materializan las expectativas de cada persona, expresan «las cosas que se supone que un hombre racional quiere tener»⁶⁰⁵ porque las necesita para el desarrollo de su plan de vida.

El autorrespeto no se escapa de esta caracterización y Rawls lo incluye en la lista de bienes primarios, junto con los derechos y libertades básicos, la libertad de movimientos y libre elección del empleo, poderes y prerrogativas de cargos y posiciones de responsabilidad e ingresos y riqueza⁶⁰⁶. Como los bienes primarios condicionan y fundamentan la elección de los dos principios de justicia (todos convergen en elegir esos principios y no otros), el autorrespeto en cuanto bien primario también subyace bajo esos dos principios:

«Los dos principios de justicia (...) estimulan y apoyan más eficazmente al autorrespeto (...). Que el autorrespeto sea también confirmado por otros rasgos de los dos principios, además de por las libertades básicas, sólo significa que ningún rasgo funciona aislado. Pero esto era de esperar. Dado que las libertades políticas desempeñan un importante papel en apoyo del autorrespeto, las partes tienen razones fundadas en esas libertades para adoptar los dos principios de justicia»⁶⁰⁷.

párrafos enteros, textos que no se corresponden con la edición de 1971, ampliaciones, no coincidencias de notas a pie de página, además de las grandes deficiencias en la traducción de algunos conceptos. Por ejemplo, señala la autora que en la versión que hace Rawls para traducciones extranjeras “se cambia *self-esteem* por *self-respect*”, p. 274. Sabemos que de *A Theory of Justice* existe la primera edición de 1971, una versión de 1975 (para ediciones traducidas) y la edición de 1999. Todas de Harvard University Press, con múltiples reimpresiones hasta la fecha. La primera edición española de 1979, del Fondo de Cultura Económica, no parte de la edición original inglesa de 1971, sino de esta versión de 1975 que -al parecer- partía de un manuscrito que Rawls había preparado para la traducción alemana.

⁶⁰³ RAWLS J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 360.

⁶⁰⁴ RAWLS J., *El liberalismo político*, op. cit., p. 212.

⁶⁰⁵ RAWLS J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 95.

⁶⁰⁶ RAWLS J., *El liberalismo político*, op. cit., p. 214.

⁶⁰⁷ RAWLS J., *El liberalismo político*, op. cit., p. 355.

Primero centrémonos en la caracterización que hace Rawls del autorrespeto. La intuición inicial es que es algo que «está arraigado en nuestra autoconfianza como miembros capaces de perseguir una concepción del bien»⁶⁰⁸. Desde este plano interior del sujeto (las bases sociales serán determinadas después), dos elementos interdependientes colman de contenido al autorrespeto: «el primer elemento es el sentimiento en una persona de su propio valor, su firme convicción de que su concepción de su bien, su proyecto de vida, vale la pena de ser llevado a cabo. Y, en segundo lugar, el respeto propio implica una confianza en la propia capacidad, en la medida en que ello depende del propio poder, de realizar las propias intenciones»⁶⁰⁹.

Configurado como bien primario, observamos que no una vida por ser digna es merecedora de autorrespeto, sino que el autorrespeto es la *condición previa* para poder desarrollar una vida digna: «el respeto a sí mismo no es tanto una parte de cualquier plan racional de vida, como el sentimiento de que vale la pena llevar a cabo el propio plan»⁶¹⁰. Ahora bien, que el autorrespeto funcione como un bien primario no quiere decir que sea algo innato en el ser humano; al contrario, es una faceta que las personas deben cultivar, requiere desarrollar *un sentido de autorrespeto, tener conciencia del propio valor*. Son facetas que requieren una actitud activa del sujeto: éste tiene en estima su valor como ser humano y es capaz de desarrollar un plan de vida acorde con ese valor. Aunque sean actitudes autoreferentes, describen a un agente que no es pasivo ante el respeto que se debe a sí mismo, sino que se lo ha ganado. Es un matiz muy sutil pero importante: «es claramente racional entre los hombres asegurarse el respeto a sí mismos. Es necesario tener un sentido de su propio valor si es que se ha de perseguir una concepción del bien con satisfacción y sintiendo placer en su realización»⁶¹¹.

Pero el autorrespeto -como ya adelantábamos- no implica sólo la propia estima que un sujeto tiene por el plan de vida que desarrolla. También pertenece a la esfera del autorrespeto el valor que los demás conceden a la vida que un individuo vive. Aunque el primer aspecto es sumamente importante (a, que un sujeto estime valiosa la vida que

⁶⁰⁸ RAWLS J., *El liberalismo político*, op. cit., p. 355.

⁶⁰⁹ RAWLS J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 398. En *El liberalismo político*, Rawls ofrece una redacción sinónima, pero invierte el orden al enunciar los dos elementos: “el primer elemento es la confianza en nosotros mismos (...); el segundo elemento es nuestro inequívoco sentido de la propia valía, un sentido arraigado en la convicción de que podemos realizar un plan de vida digno”. RAWLS J., *El liberalismo político*, op. cit., p. 356.

⁶¹⁰ RAWLS J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 172.

⁶¹¹ RAWLS J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 172.

vive), el segundo (b, que los demás estimen que es valiosa) puede ser un escollo no siempre fácil de justificar. Veamos ambos aspectos:

(a) El autorrespeto dota de valor a nuestro plan de vida. O, lo que es lo mismo, el autorrespeto es *requisito* para poder llevar una vida digna. Para Rawls, si no confiamos lo suficiente en un plan de vida, o no concedemos el suficiente peso a nuestras decisiones, difícilmente podremos desarrollar una vida verdaderamente valiosa. Lo que dota de valor a un plan de vida es el convencimiento fuerte de que merece la pena llevarlo a cabo. Si se carece de confianza y se teme el fracaso, el autorrespeto sólo esconderá la frustración de no haber desarrollado la vida realmente querida. De ahí que sea un bien primario: «cuando creemos que nuestros proyectos son de poco valor no podemos proseguirlos con placer ni disfrutar con su ejecución. Atormentados por el fracaso y por la falta de confianza en nosotros mismos, tampoco podemos llevar adelante nuestros esfuerzos». Sin el autorrespeto «nada puede parecer digno de realizarse, o, si algunas cosas tienen valor para nosotros, carecemos de la voluntad de esforzarnos por conseguirlos. Todo deseo y toda actividad se tornan vacíos y vanos, y nos hundimos en la apatía y el cinismo»⁶¹².

(b) Que una vida sea merecedora de autorrespeto implica que los demás la estimen (también) como valiosa. Ya sabemos que la imagen que uno tiene de sí mismo no sólo se forja por la alta estima que uno tenga de sí, sino, también, por la proyección y las señales que los demás nos devuelven al recibir aquella imagen. El autorrespeto se conforma, así, por la imagen que los terceros nos retornan de lo que proyectamos, «de la estima que sienten los demás por nosotros. Si un individuo juzga que sus planes de vida y los esfuerzos que invierte en ellos no son evaluados positivamente por el resto de las personas, entonces es realmente complicado que conserve la confianza de que sus fines merecen ser alcanzados»⁶¹³. En este sentido, existe una estrecha vinculación entre el respeto hacia uno mismo, y el respeto y la estima de los demás. Esta vinculación la expresa Rawls diciendo que «el respeto a nosotros mismos depende normalmente del respeto por los demás. Si no sentimos que nuestros esfuerzos son respetados por ellos, es difícil, si no imposible, que mantengamos la convicción de que nuestros objetivos merecen ser promovidos»⁶¹⁴.

⁶¹² RAWLS J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 399.

⁶¹³ PÉREZ TRIVIÑO J.L., *De la dignidad humana y otras cuestiones jurídico-morales*, op. cit., p. 42.

⁶¹⁴ RAWLS J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 172.

Vemos como en la configuración del autorrespeto hay, por tanto, un elemento social imposible de soslayar. Se requiere para el desarrollo del autorrespeto que «nuestra persona y nuestros actos sean apreciados y confirmados por los otros. Para que el autorrespeto se genere y se desarrolle en un individuo parece necesario que los esfuerzos realizados sean, hasta cierto grado, apreciados por los otros (en especial, por los individuos cercanos: familia, compañeros, amigos...). En caso contrario, conservar la creencia en que los planes propios merecen ser realizados deviene en algo casi imposible»⁶¹⁵.

Lo hasta aquí dicho le permite concluir a Rawls que tanto «el sentido de nuestra propia valía, así como la confianza en nosotros mismos, depende del respeto y la reciprocidad que nos muestran los demás»⁶¹⁶. Este aspecto estructuralmente social del autorrespeto reviste especial importancia para Rawls: «las bases sociales del autorrespeto se explican por la estructura y el contenido de las instituciones justas junto con los rasgos de la cultura política tales como el reconocimiento y la aceptación públicos de los principios de justicia»⁶¹⁷. Y añade más adelante que el autorrespeto «depende de ciertos rasgos públicos de las instituciones sociales básicas y es estimulado por ellos, por el modo en que funcionan acopladamente y por el modo en que quienes aceptan su estructuración previsiblemente (y normalmente) se concebirán y se tratarán entre sí. Estos rasgos de las instituciones básicas y de los modos de conducta públicamente previstos (y normalmente respetados) constituyen las bases sociales del autorrespeto»⁶¹⁸.

Ya intuíamos que, por su condición de bien primario, el autorrespeto subyace y fundamenta los dos principios de justicia rawlsianos. De tal modo que en la Posición Original, los individuos, al realizar la elección de estos dos principios, han tenido en cuenta que satisfagan ambos las exigencias sociales del autorrespeto. Tanto es así que «los individuos en la situación original desearían evitar, casi a cualquier precio, las condiciones sociales que socavan el respeto propio»⁶¹⁹. Así pues, «un rasgo deseable de una concepción de la justicia es que debería expresar públicamente el respeto mutuo entre

⁶¹⁵ PÉREZ TRIVIÑO J.L., *De la dignidad humana y otras cuestiones jurídico-morales*, op. cit. p. 43.

⁶¹⁶ RAWLS J., *El liberalismo político*, op. cit., p. 357.

⁶¹⁷ RAWLS J., *El liberalismo político*, op. cit., p. 214.

⁶¹⁸ RAWLS J., *El liberalismo político*, op. cit., p. 356.

⁶¹⁹ RAWLS J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 399.

los hombres. De esta manera se les asegura el sentido de su propio valor»⁶²⁰. Este objetivo queda logrado por los dos principios de justicia:

«Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás» (igual distribución de la máxima libertad, principio prioritario).

Y «las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos (principio de la diferencia), b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos (principio de igualdad de oportunidades)»⁶²¹.

A simple vista la conexión entre estos dos principios y el autorrespeto no es evidente. Pero ya aclara Rawls que cuando la sociedad adopta tales principios está incluyendo «el bien de cada uno dentro de un esquema de beneficio mutuo y este reconocimiento público e institucional de las aspiraciones de cada hombre apoya la estimación por sí mismo. El establecimiento de la libertad igual y la operación del principio de la diferencia están orientados para producir este efecto»⁶²².

Por tanto, el autorrespeto está relacionado con el primer principio de justicia y con el principio de la diferencia. Queda claro entonces que las bases sociales del autorrespeto «están determinadas -y de manera importante- por los principios públicos de justicia. Puesto que sólo los dos principios de justicia garantizan las libertades básicas, son más eficaces que otras alternativas a la hora de estimular y dar apoyo al autorrespeto de los ciudadanos en tanto que personas iguales»⁶²³.

Ahora bien, nos queda determinar de qué modo estas bases sociales del autorrespeto ayudan, o dan soporte, al individuo en la realización de su proyecto racional de vida. Dos son, esencialmente, las condiciones que deben darse: a) tener un proyecto de vida que satisfaga el principio aristotélico; y b) ver que nuestra persona y nuestros actos son apreciados y confirmados por otros, que son, a su vez, estimados por nosotros y de cuya compañía gozamos. Veamos cada uno de ellos.

⁶²⁰ RAWLS J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 172.

⁶²¹ RAWLS J., *Teoría de la justicia*, op. cit., pp. 67-68. Recuérdese que en *El liberalismo político* (p. 35) Rawls ofreció otra formulación de estos dos principios. En el primero de ellos, en lugar del *esquema más extenso* de la primera versión, opta por *un esquema adecuado*. Las razones del cambio las expone en RAWLS J., *El liberalismo político*, op. cit., pp. 327-328 y 368-372. Y explica Rawls que tales revisiones se hicieron «para tratar de responder a las poderosas objeciones que planteó H.L.A. Hart», p. 35.

⁶²² RAWLS J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 172.

⁶²³ RAWLS J., *El liberalismo político*, op. cit., p. 356.

a) Del principio aristotélico rawlsiano⁶²⁴ nos hemos ocupado en el capítulo primero sobre “Las concepciones del bien y vida buena”. El principio se enuncia como sigue: «en igualdad de circunstancias, los seres humanos disfrutan con el ejercicio de sus capacidades realizadas (sus facultades innatas o adquiridas), y este disfrute aumenta cuantas más capacidades se realizan, o cuanto mayor es su complejidad»⁶²⁵. La idea intuitiva muestra que las personas experimentamos mayor satisfacción cuando realizamos actividades que nos requieren esfuerzos más elevados y sutiles. De dos actividades para las que estamos igualmente capacitados, preferimos aquella tarea cuyo logro nos exige un mayor reto. Probablemente, «las actividades complejas son más agradables porque satisfacen el deseo de variedad y de novedad de experiencia, y permiten actos de ingenio y de invención. Ofrecen también los placeres de la anticipación y de la sorpresa, y, muchas veces, la forma general de la actividad, su desarrollo estructural, es fascinante y de gran belleza»⁶²⁶.

Este principio aristotélico tiene su mejor lectura para el autorrespeto en sentido inverso. Es un plan de vida que revela su falta de sofisticación y complejidad aristotélica, lo que hace decaer nuestros deseos en perseguirlo, aminorando la propia estima que la persona siente y cuestionando el déficit de su propia valía para alcanzar un plan vital mejor. Por eso, «el proyecto de vida de un individuo carecerá para él de un cierto atractivo, si no consigue estimular sus facultades naturales hasta un punto interesante. Cuando las actividades no logran satisfacer el principio aristotélico, probablemente parecerán estúpidas e insulsas, y no nos darán ningún sentimiento de aptitud, ni la convicción de que valen la pena de ser realizadas. Una persona tiende a confiar más en su valor cuando sus facultades se realizan plenamente y se organizan con una complejidad y un refinamiento adecuados»⁶²⁷.

b) El segundo aspecto citado nos lleva a evaluar el papel que desempeñan los demás en el autoconvencimiento de que nuestro plan de vida es verdaderamente valioso. Está claro que los terceros cercanos inciden con su actitud en nuestro desarrollo interior, de tal modo que, aunque sea un proceso íntimo, los datos que recibimos del exterior, moldean nuestro autorrespeto e influyen en la apreciación que una persona tenga de sí. Al recibir los estímulos que los demás nos transmiten al presentarnos tal como somos ante

⁶²⁴ Se explica profundamente en RAWLS J., *Teoría de la justicia*, op. cit., pp. 385-392.

⁶²⁵ RAWLS J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 386.

⁶²⁶ RAWLS J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 387.

⁶²⁷ RAWLS J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 399.

ellos, tales respuestas forjan nuestro carácter al querer ir mejorando las señales que los otros nos devuelven. Por ello, junto con un proyecto racional guiado por las características del principio aristotélico, en el autorrespeto «interviene también el hecho de que otros confirmen y disfruten de lo que nosotros hacemos. Porque, si bien es cierto que, a menos que nuestros esfuerzos sean apreciados por nuestros compañeros, es imposible para nosotros mantener la convicción de que valen la pena, también es cierto que los otros tienden a valorarlos, únicamente cuando lo que nosotros hacemos despierta su admiración o les produce placer. Así, las actividades que despliegan talentos intrincados y sutiles, y manifiestan perspicacia y refinamiento, son valoradas tanto por el propio individuo como por quienes le rodean»⁶²⁸.

El último aspecto del autorrespeto rawlsiano que debemos abordar -y que no está exento de complicaciones que le han merecido críticas- es de qué manera el principio aristotélico, por un lado, y el afecto de los demás como algo que también dota de valor a nuestro proyecto vital, por otro, casan con el diseño de nuestras sociedades actuales. Pues poco tendrán que aportar ambos aspectos, y de nada serviría debatir sobre ellos, si no pueden alcanzar viabilidad en la sociedad o sernos útiles para nuestra vida cotidiana.

El principio aristotélico dibujado por Rawls, que no deja de ser altamente idílico, parecería describir a individuos bien cultivados, que desarrollan esas actividades complejas y sofisticadas en el marco de una sociedad con objetivos artísticos y científicos sublimes. Pero parece que nuestras sociedades no son de este género, ni los individuos se encuentran por ahí afamados en perfeccionar sus más refinados talentos, ni tampoco andan constantemente a la búsqueda de ese ideal romántico con el que vertebrar su existencia diaria. Hace falta, por eso, posar en nuestra existencia mundana tan altas miras, que no dejan de ser deseables, pero también, poco realistas. Para ello la aplicación del principio aristotélico no debe perder de vista su relación con el individuo de a pie. Para conseguir esta tarea de hacer descender el principio aristotélico a las situaciones particulares, bastaría según Rawls «con que para cada persona haya alguna asociación (una o más) a la que pertenezca, y dentro de la cual sean públicamente afirmadas por los otros las actividades que son razonables para él. De este modo, adquirimos la convicción de que lo que hacemos en la vida cotidiana merece la pena»⁶²⁹. Además, estos lazos asociativos que se crean entre los miembros de estos grupos fortalecen aquel segundo

⁶²⁸ RAWLS J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 399.

⁶²⁹ RAWLS J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 400.

aspecto que veíamos del autorrespeto, la confianza en la propia capacidad, pues tales vínculos «tienden a reducir la probabilidad del fracaso y proporcionan un apoyo contra el sentimiento de autodesconfianza cuando surgen contratiempos»⁶³⁰.

Rawls hace depender la posibilidad de aplicar las bases del autorrespeto a la existencia de grupos, comunidades o asociaciones en las que cada miembro se encuentra perfectamente integrado. Que vea que su plan de vida es valorado por el resto de los miembros del grupo al que pertenece. Pues todos los miembros del grupo compartirán una noción similar de lo que es valioso y, por tanto, no será difícil hallar la estima requerida en cuanto todos tienen la misma idea compartida de lo que dota de valor a un plan racional. Las aspiraciones y facultades de uno encuentran cabida y aprobación en el contexto de un grupo que persigue aquellos mismos objetivos y metas. Así, pues, «lo necesario es que haya para cada persona una comunidad, por lo menos, de intereses compartidos, a la cual pertenezca y en la que encuentre sus esfuerzos confirmados por sus compañeros. Y, en general, esta comunidad es suficiente siempre que en la vida pública los ciudadanos respeten entre sí sus correspondientes objetivos y ejerzan sus derechos políticos de modo que también apoyen su autoestimación»⁶³¹. Este requerimiento no es ni imposible, ni demasiado exigente ni busca la excelencia en la vida personal (que se reserva a las doctrinas comprensivas o perfeccionistas), solo obsta a que esas asociaciones «se ajusten convenientemente a las facultades y necesidades de los que pertenecen a ellas, y que proporcionen una base segura al sentimiento del propio valor de sus miembros»⁶³². Con ello basta.

Ahora bien, dos objeciones son precisas. Por un lado, en toda sociedad (por muy democrática que sea, ni que decir tiene en las que no lo son) no existen todo tipo de asociaciones en las que un individuo encaje o en las que vea que su propio plan racional es compartido por los miembros que la integran y que, por tanto, contribuyan a afianzar el propio valor que él estima que tiene su plan vital. Es más, de no encontrar cabida en los grupos que le rodean, la frustración y la desidia serán contraproducentes a la propia idea de autorrespeto y habremos obtenido justamente lo contrario a lo buscado. Por otro lado, son precisamente los planes de vida más genuinos, singulares, o quizás hasta extravagantes, los más faltos de ese sentido de autorrespeto. Estas personas son las que

⁶³⁰ RAWLS J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 400.

⁶³¹ RAWLS J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 400.

⁶³² RAWLS J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 400.

más imperiosamente necesitan comprobar que la sociedad en la que viven también estima como valiosos sus planes de vida. Y son justamente este tipo de asociaciones las que escasean a nuestro alrededor. Al no encontrar un sitio del que recibir el aliento para mantener un carácter demasiado singular, el sujeto optará por hacer dejación de sus ideales y caerá en la apatía. Y recordemos que los talentos brillantes son, por lo general, los más atípicos, escasos y raros. Los caracteres más geniales (en el sentido de Mill) no encontrarían acomodo en las asociaciones rawlsianas que complementan socialmente el autorrespeto. Tampoco los más necesitados de esa autoestima, como es el caso de las minorías marginales o discriminadas, tendrán ocasión, dada su propia condición de exclusión social, de acceder a dichas asociaciones. En términos parecidos se expresaba Margalit cuando señalaba que la sociedad justa rawlsiana «se basa en un contrato entre sus miembros que asegura instituciones justas para quienes suscriben dicho contrato. En la sociedad justa, incluso las personas que ocupan las posiciones más inferiores son consideradas parte integrante de ella. Pero en el mundo moderno, los peores problemas de humillación suelen ser los de aquellas personas que no son miembros de la sociedad en la que viven, que no pertenecen a ella»⁶³³.

Puesto que el reconocimiento social es básico para que el sujeto se respete y se estime, la solución le parece más adecuada a Rawls para conseguirlo es la de la asociación. Es preciso que el individuo se integre en una comunidad de intereses para alcanzar la confirmación de sus esfuerzos y afianzar su autorrespeto. Sin el reconocimiento del grupo, el autorrespeto se tornaría algo problemático. O, dicho en otras palabras, nadie puede construirse una identidad en solitario sin el apoyo de alguna asociación en la que convive. Recientemente se ha preguntado Victoria Camps «si ese paraguas asociativo que protege al individuo y le da motivos y protección para actuar y moverse no acaba pervirtiendo el objetivo final que buscamos al establecer las condiciones del autorrespeto»⁶³⁴. Para ella, las identidades colectivas pueden resultar una carga insoportable si de lo que de verdad se tratar es de hacer al individuo libre para desenvolverse y autorrespetarse de la forma más personal e individualizada posible:

«Quien debe poder autorrespetarse es el individuo, no solo en su calidad de homosexual, mujer o inmigrante, sino como alguien que aspira a ser visto y reconocido como tal, sin que haya que

⁶³³ MARGALIT A., *La sociedad decente*, op. cit., p. 211.

⁶³⁴ CAMPS V., *El gobierno de las emociones*, op. cit., p. 225.

adjudicarle necesariamente cualquiera de esos atributos que esconden de hecho su personalidad»⁶³⁵.

El carácter asociativo que revelan las identidades colectivas, que parecen ser una condición tan importante para el disfrute del autorrespeto rawlsiano quizás sean necesarias para construir una identidad individual, pero se nos muestran insuficientes. Es el sujeto individual, con nombre propio, el que ha de labrarse su autoestima; y hacer depender ese logro de su integración en la comunidad de intereses compartidos quizás disuelva el mérito y libertad individuales para llegar a ser uno mismo. La autoestima no sólo es algo que viene dado por el reconocimiento social, «también hay que ganársela»⁶³⁶, dice Camps. Son los individuos, y no las comunidades, los auténticos sujetos de derechos. Ello no quiere decir que las asociaciones no sean imprescindibles para reivindicar derechos aun no reconocidos, pero luego el disfrute que se haga de tales derechos, y cómo nos ganamos el autorrespeto a través de ellos, es una tarea esencialmente individual:

«La autoestima está relacionada con la construcción de una identidad propia, no sólo colectiva ni dependiente del grupo, con el autogobierno de la propia vida. La defensa de la identidad individual no solo me parece estrechamente vinculada a la idea positiva de libertad como autogobierno, sino que un cierto distanciamiento de las identidades colectivas creo que es el único camino hacia un individualismo positivo»⁶³⁷.

Este eventual descuido de Rawls, al hacer depender el autorrespeto, en última instancia, de la participación en asociaciones que nos confirmen y afiancen nuestras decisiones, no deja de ser problemático. Quizás a través de otros tratamientos de la cuestión, ya clásicos ya contemporáneos, podamos continuar el camino y encontrar propuestas complementarias.

3. RESPETO Y AUTORRESPETO.

Respeto y autorrespeto, si bien no son sinónimos ni términos intercambiables, muestran una clara dependencia conceptual. Sobre el autorrespeto ya algo llevamos dicho. Sobre el respeto, aunque no sea nuestro objeto de atención ahora y tenga más que ver con la idea de dignidad ya vista, es necesario clarificar al menos lo que este concepto tenga de pariente con el autorrespeto. Ello nos será útil para abordar el tratamiento que

⁶³⁵ CAMPS V., *El gobierno de las emociones*, op. cit., p. 225.

⁶³⁶ CAMPS V., *El gobierno de las emociones*, op. cit., pp. 235 y 228.

⁶³⁷ CAMPS V., *El gobierno de las emociones*, op. cit., p. 233.

algunos autores han hecho del autorrespeto. Ya sólo por el sufijo de *autorrespeto* podemos tener la intuición de que no hablamos de cosas muy distintas y quizás ambas nociones sólo se diferencien por el punto de vista que adoptemos en su evaluación.

Nuestro lenguaje dispone en realidad de muchos términos sinónimos para acercarse tanto a distintos aspectos del respeto como para aludir a la falta de él. Entre ellos encontramos *estatus, prestigio, honra, pundonor, consideración, deferencia, reconocimiento, honor, dignidad, orgullo*; tienen aire de familia con la falta de respeto la *vergüenza, la humillación, la deshonra, el ultraje, la ofensa, el desprecio o la degradación*. La calumnia/injuria, la repudiación, la vejación o la infamia, aunque manifestaciones de falta de respeto, quizás sean acepciones más “contaminadas” por el contenido que le han ido dando a tales términos las distintas disciplinas que los han acogido en su jerga. Una lista de definiciones sería demasiado abstracta e inútil para nuestro estudio, pues a veces las lindes entre uno u otro concepto no son del todo claras e incluso se manejan en la literatura indistintamente. Baste con dejar apuntada la pluralidad de términos que pueden aparecer al indagar esta área de estudio, sin que el uso de uno u otro introduzca distorsiones importantes, salvo cuando sea preciso el empleo concreto de uno de ellos.

Podemos asumir que existe una relación conceptual entre respeto y autorrespeto. En términos generales, el respeto es el «reconocimiento de los otros»⁶³⁸. Sencillamente eso, actos, gestos, actitudes que vehiculan la manera en que nos relacionamos con los demás, las formas que tenemos de tratarlos, de estimarlos y, en definitiva, de apreciar su valor. Son las manifestaciones, físicas o psicológicas (afectivas, emocionales), que evidencian la dignidad que identificamos en los demás. Raz señala algo parecido cuando afirma que «nuestro deber de respetar la vida de las personas no varía según el valor del contenido de la vida de esas personas». Es decir, el respeto debido a nuestros semejantes no está en función del tipo de vida que lleven, por eso «cuando se piensa en los deberes de respeto hacia las personas, los objetos de respeto son las personas, no sus vidas»⁶³⁹.

Diana T. Meyers ha puesto de manifiesto que «el respeto se basa en una relación triádica, pero pueden existir formas de respeto en las que un componente de la tríada sea

⁶³⁸ SENNETT R., *Respect in a World of Inequality*, W. W. Norton, Nueva York, 2003. Cito por la traducción al castellano de Marco Aurelio Galmarini, *El respeto. Sobre la dignidad del hombre en un mundo de desigualdad*, Anagrama, Barcelona, 2003, p. 70.

⁶³⁹ RAZ J., *Value, respect and attachment*, Cambridge University Press, 2001, p. 125.

defectuoso»⁶⁴⁰. En su caracterización de la noción del respeto participan tres elementos: «un componente subjetivo -una actitud- y dos componentes objetivos -una conducta y el objeto al que se dirige-»⁶⁴¹. En la idea de respeto intervendrían los tres factores: los individuos realizamos *conductas* respetuosas; estas conductas expresan o evidencian una determinada *actitud* de respeto; y, por último, tales actitudes manifestadas a través de nuestra conducta se dirigen a un *objeto* determinado (al que se le debe o merece respeto). Pero el respeto puede ser un fenómeno desconcertante porque estos tres componentes pueden estar en desacuerdo:

«La actitud de respeto hacia una persona puede mostrarse a través de una conducta que no sea respetuosa; uno puede actuar respetuosamente a pesar de tener una actitud indiferente o discrepante; la conducta respetuosa de una persona puede dirigirse a un objeto que no merece respeto. Una actitud respetuosa que no se expresa a través de una conducta igualmente respetuosa elimina todo respeto. La conducta respetuosa que no se basa en una actitud convencida de respeto es un respeto falso. Los sentimientos y la conducta respetuosa que se dirigen a un objeto indigno es un respeto injustificado»⁶⁴².

Un estudio interesante sobre la justificación del respeto, desde una perspectiva actual, lo encontramos en *La sociedad decente* de Avishai Margalit. La «*sociedad decente* es aquella cuyas instituciones no humillan a las personas» y se distingue de la *sociedad civilizada* en que en ésta «sus miembros no se humillan unos a otros, mientras que una *sociedad decente* exige, además, que sus instituciones no humillen a sus miembros»⁶⁴³.

Avanzo ya -aunque habremos de detenernos en ello más adelante- que será discutible si la sociedad justa rawlsiana es, a su vez, una *sociedad decente*: «la comparación más importante de todas es la que se establece entre una sociedad decente y una sociedad justa (...): toda sociedad justa debe ser una sociedad decente, pero de ello no se sigue lo contrario». Así pues, «la cuestión estriba en si una sociedad basada en los principios de la justicia rawlsianos es lógicamente conciliable con la existencia de instituciones humillantes». No lo parece, «pero aún podemos preguntarnos si una sociedad justa al estilo rawlsiano entra en conflicto con la letra, y no sólo con el espíritu, con una sociedad que contiene instituciones humillantes»⁶⁴⁴.

⁶⁴⁰ MEYERS D. T., “Self-Respect and Autonomy”, en *Dignity, Character and Self-Respect*, Robin S. Dillon (ed.), Routledge, New York, 1995, p. 223.

⁶⁴¹ MEYERS D. T., *Self-Respect and Autonomy*, p. 224.

⁶⁴² MEYERS D. T., *Self-Respect and Autonomy*, p. 224.

⁶⁴³ MARGALIT A., *La sociedad decente*, op. cit., p. 15.

⁶⁴⁴ MARGALIT A., *La sociedad decente*, op. cit., pp. 16 y 210.

Se pregunta este profesor israelí por cuáles aspectos de los seres humanos se puede justificar el respeto a todos ellos simplemente por el hecho de ser humanos. Y considera tres tipos posibles de justificación: la justificación positiva, la escéptica y la negativa. La justificación positiva «supone intentar encontrar una característica (o características) perteneciente a todos los seres humanos, en virtud de la cual todas las personas sean merecedoras de un respeto básico». La justificación escéptica «implica abandonar toda búsqueda de una característica justificadora anterior a la actitud respetuosa». La justificación negativa, por último, parte del mismo escepticismo pero «para centrarse en la pregunta de por qué es malo humillarlos»⁶⁴⁵.

Así planteada la cuestión, comprobamos como respeto y autorrespeto son las dos caras de una misma moneda. En tanto que el respeto «constituye una base a partir de la cual tratar a las personas por igual»⁶⁴⁶, el autorrespeto expresa ese «sentimiento de respeto que las personas sienten hacia sí mismas en tanto que seres humanos»⁶⁴⁷. El primero encuentra su expresión en la actitud de los demás, en conductas ajenas hacia el sujeto que las percibe; el segundo, en la propia intimidad del sujeto que lo experimenta.

Por su propia naturaleza, el respeto, aunque *debido* por las propias exigencias de la dignidad humana, también puede *ser ganado*. El debate entre si el respeto debe ser algo “debido” o si hay que “ganárselo” no ha sido pacífico. Richard Sennett distingue tres maneras posibles de ganarse el respeto o de no conseguir inspirarlo en los demás. La primera manera es la que tiene lugar a través del propio desarrollo, en particular a través «del desarrollo de capacidades y habilidades. La persona muy inteligente que derrocha talento no concita respeto; en cambio, sí lo hace una persona menos dotada que trabaja al límite de su capacidad. El desarrollo de uno mismo se convierte en fuente de estima social precisamente a causa de que la sociedad condena el derroche»⁶⁴⁸.

La segunda manera reside «en el cuidado de uno mismo (...). El cuidado de sí mismo puede significar además no convertirse en una carga para otros, de modo que el adulto necesitado se ve cubierto de vergüenza, mientras que la persona autosuficiente es

⁶⁴⁵ MARGALIT A., *La sociedad decente*, op. cit., p. 57.

⁶⁴⁶ MARGALIT A., *La sociedad decente*, op. cit., p. 47.

⁶⁴⁷ MARGALIT A., *La sociedad decente*, op. cit., p. 51.

⁶⁴⁸ SENNETT R., *El respeto. Sobre la dignidad del hombre en un mundo de desigualdad*, op. cit., p. 73.

respetada. Esta manera de ganar respeto deriva del odio de la sociedad moderna al parasitismo»⁶⁴⁹.

La tercera manera de ganarse el respeto es «retribuir a los otros. Ésta es tal vez la fuente de estima más universal, intemporal y profunda del carácter propio (...). El principio social que anima el carácter de quien retribuye a la comunidad es el intercambio»⁶⁵⁰. Esta retribución, claro está, no tiene sólo carácter económico; se gana así el respeto quien, con su trabajo y esfuerzo, pone a disposición de los demás los frutos de su carácter y valía. Éste será respetado (se habrá ganado el respeto) por la comunidad que recibe su talento.

Como vemos, el autorrespeto presenta rasgos estructurales próximos al respeto, pero remarcando que en el autorrespeto el poseedor del valor y el sujeto que debe respeto a tal valor es el mismo individuo. Como señala la profesora Robin S. Dillon:

«El respeto implica una respuesta al valor ya presente en el objeto, una respuesta que es pedida, merecida, debida, algo que los objetos ordenan o exigen. Esto da al respeto una lógica objetiva: respetar algo es mirarlo como también digno del respeto de otros. El autorrespeto entonces implica percibirse y valorarse como alguien que tiene un valor genuino, alguien al que los otros también tendrían razón en respetar»⁶⁵¹.

Elizabeth Telfer ha distinguido entre dos tipos de autorrespeto, el estimativo y el conativo. Respetar a alguien, en sentido estimativo, «es admirarlo o tener una alta opinión de él»⁶⁵². El autorrespeto estimativo haría referencia a la opinión favorable que uno tiene de sí mismo cuando observa sus propias conductas y cualidades personales. Es la opinión favorable que uno tiene de sí mismo. Pero si el respeto estimativo es suficiente para labrar una opinión favorable por los demás, en el caso de que esta opinión verse sobre uno mismo debe verse acompañada además de una emoción muy intensa que si se pierde nos golpea duramente:

«El aspecto emocional de la pérdida del autorrespeto no es simplemente la ausencia de orgullo o de placer en los logros de uno, sino el disgusto, el desprecio y la desesperación. El autorrespeto es la creencia de un hombre de que él alcanza al menos un estándar mínimo y ello conlleva una

⁶⁴⁹ SENNETT R., *El respeto. Sobre la dignidad del hombre en un mundo de desigualdad*, op. cit., p. 73.

⁶⁵⁰ SENNETT R., *El respeto. Sobre la dignidad del hombre en un mundo de desigualdad*, op. cit., p. 74. Con esta “*indagación sobre el respeto*” titula Richard Sennett la segunda parte de esta obra. A cada una de las tres maneras enunciadas le dedica un capítulo para su exposición.

⁶⁵¹ DILLON R. S. (ed.), “Introduction”, en *Dignity, Character and Self-Respect*, Routledge, New York, 1995, p. 18.

⁶⁵² TELFER E., “Self-Respect”, en *The Philosophical Quarterly*, vol. 18, núm. 71, abril 1968, p. 114.

emoción que, en su caso, es algo así como un bienestar espiritual. La pérdida del autorrespeto es la pérdida de esta creencia, ya sea como resultado de una conducta que no cumple con nuestro estándar mínimo o por alguna otra razón por la que un hombre llega a verse a sí mismo bajo una nueva imagen desfavorable»⁶⁵³.

El autorrespeto conativo, por su parte, es algo que todos debemos tener siempre, «es una disposición permanente»⁶⁵⁴. Se trata de un deseo o disposición a no comportarse de manera disvaliosa. Si el autorrespeto estimativo se basaba en criterios subjetivos, en “opiniones favorables”, el conativo intentará combinar elementos objetivos y subjetivos: por un lado, nos proponemos alcanzar ciertos fines y valores porque, subjetivamente, son deseables para nuestro estilo de vida; y por otro, nos proponemos ciertas acciones y conductas que consideramos que objetivamente nos conducirán al logro de esos fines:

«Cuando decimos que alguien se autorrespete, le atribuimos cualidades como el ser independiente, la tenacidad o el autocontrol. Pero dentro de este marco objetivo, hay margen para que los estándares subjetivos jueguen un papel importante. Si un hombre ha de ser dueño de sí mismo y de su situación, esto implicará cumplir con los estándares, alcanzar los objetivos, cumplir los roles que se ha establecido para sí mismo. Por otro lado, y una vez más, el cumplimiento de algunos roles debe ser probado por un estándar objetivo, incluso cuando la elección del rol haya sido algo personal, subjetivo»⁶⁵⁵.

Vemos como tanto el autorrespeto estimativo como el conativo «están estrechamente relacionados en la práctica»⁶⁵⁶. Telfer propondrá algunas nociones para diferenciar ambos:

«(i) Si un hombre con demasiada frecuencia se comporta de una manera que le hace perder su autorrespeto estimativo, comenzaremos a dudar si tenía mucho autorrespeto conativo. Si lo hubiera tenido, creemos que ello le hubiera impedido comportarse de esa manera. (ii) La pérdida del autorrespeto estimativo puede tener el efecto de socavar el autorrespeto conativo de un hombre. Por lo tanto, un hombre que está luchando contra la tentación (contra las opiniones desfavorables) y sigue fallando puede llegar a sentir que cualquier esfuerzo adicional es inútil (ha perdido su autorrespeto conativo)»⁶⁵⁷.

Telfer finalmente se decantará por el autorrespeto conativo porque «es la categoría correcta para concebirse como una virtud. Es una cualidad que al menos nos es útil para

⁶⁵³ TELFER E., *Self-Respect*, op. cit., p. 114.

⁶⁵⁴ TELFER E., *Self-Respect*, op. cit., p. 115.

⁶⁵⁵ TELFER E., *Self-Respect*, op. cit., p. 118.

⁶⁵⁶ TELFER E., *Self-Respect*, op. cit., p. 115.

⁶⁵⁷ TELFER E., *Self-Respect*, op. cit., p. 120.

la vida moral, proporcionando incentivos muy poderosos para ser virtuosos. Apelar a esta idea es una buena estrategia moral para aplicársela a uno mismo»⁶⁵⁸.

También Stephen L. Darwall utiliza la misma estrategia de Telfer al distinguir dos sentidos del respeto. Darwall propone diferenciar el respeto de reconocimiento (*recognition respect*) del de apreciación (*appraisal respect*). El *respeto de reconocimiento* se refiere al respeto que debemos demostrar a las personas como mera confirmación de su condición de tales:

«Las personas pueden ser objeto de respeto de reconocimiento. De hecho, es justamente este tipo de respeto el que se dice que se les debe a todas las personas. Decir que las personas como tales tienen derecho a ser respetadas es decir que tienen derecho a que otras personas las tomen en serio y sopesen apropiadamente el hecho de que son independientes»⁶⁵⁹.

El *respeto de apreciación* es el que mostramos a alguien en virtud de su carácter o sus logros:

«A diferencia del respeto de reconocimiento, los objetos sobre los que recae este tipo de respeto son las características que remarcen la excelencia de una persona. Por ejemplo, uno puede tener tal respeto por la integridad de alguien, por las buenas cualidades de alguien, o por alguien como músico. Tal respeto, entonces, consiste en una actitud de valoración positiva de esa persona, ya sea como persona o por la actividad en particular que realiza. En consecuencia, el motivo por el que respetamos a tal persona es porque ha manifestado características que lo hacen merecedor de tal valoración positiva. Debido a que este tipo de respeto consiste en una evaluación positiva de una persona, o de sus cualidades, lo llamaré respeto de apreciación»⁶⁶⁰.

En la última parte de su trabajo (VII), Darwall extrapola a la idea de autorrespeto ambas nociones. Darwall señala que «lo que exige el autorrespeto depende de qué requisitos morales se imponga uno mismo por el hecho ser persona»⁶⁶¹. Es el *respeto de reconocimiento* dirigido a uno mismo el que estamos empleando cuando nos interrogamos “¿es que acaso no te respetas a ti mismo?”. Esto no es una cuestión de autoevaluación, dice Darwall, sino un llamado a reconocer los derechos y responsabilidades de ser persona: «Como personas que somos capaces de reconocer el respeto hacia otros, como *respeto de reconocimiento*, uno mismo también es susceptible de una evaluación reflexiva de su propia conducta y, como tal, tiene un interés en ella;

⁶⁵⁸ TELFER E., *Self-Respect*, op. cit., p. 121.

⁶⁵⁹ DARWALL S.L., “Two Kinds of Respect”, en *Ethics*, vol. 88, núm. 1, octubre de 1977, p. 38.

⁶⁶⁰ DARWALL S.L., *Two Kinds of Respect*, op. cit., pp. 38 y 39.

⁶⁶¹ DARWALL S.L., *Two Kinds of Respect*, op. cit., p. 47.

ese interés en el propio *respeto de reconocimiento* es el autorrespeto. Y la falta de ese respeto el autodesprecio»⁶⁶².

El autorrespeto que demanda la dignidad es del tipo del de *reconocimiento*. Podemos perder por completo -pensemos en las personas que sufren depresión- el *respeto de apreciación* por nosotros mismos. Pero eso no significa ni entraña que hayamos perdido el *respeto de reconocimiento*. De hecho, sólo en virtud de ese *respeto de reconocimiento* por nosotros mismos -la percepción de que nuestro carácter y nuestros logros importan- tiene algún sentido la aflicción por lo que somos o hemos hecho. De lo contrario, sin *respeto de reconocimiento* ni nos importaría el hecho de estar deprimidos. Si nos importa el hecho de perder *respeto de apreciación* es porque nos *reconocemos* como dignos de respeto.

El comportamiento de un individuo puede expresar una falta de *reconocimiento* a sí mismo (de autorrespeto, diríamos) de diferentes maneras. A juicio de Darwall, la falta de *reconocimiento* hacia uno mismo puede ser tan ínfima que «nos impida seguir viviendo como persona. Tal comportamiento es autodestructivo y, por lo tanto, manifiesta una falta absoluta de *reconocimiento* por uno mismo como persona. Si la falta de *reconocimiento* por nosotros mismos no es tan intensa, el comportamiento podría ser al menos despreciable si expresa una concepción de uno mismo como persona minusvalorada, con un estatus moral inferior a su dignidad como ser humano. Someterse a un trato degradante, hacerse el tonto, no preocuparse por los demás y contentarse con ser tratado como un juguete quizás no sea autodestructivo, pero sin embargo manifiesta una pérdida de autorrespeto, de *reconocimiento* por nosotros mismos»⁶⁶³. Todas estas vivencias por las que uno siente autorrespeto «es algo que varía con la sociedad, la convención y el contexto»⁶⁶⁴.

Incluso el *respeto de apreciación* puede ser examinado desde la óptica de uno mismo. Al igual que el *respeto de apreciación* general, «los motivos de *autoapreciación* son aquellas excelencias de cada uno que estimamos como característicamente nuestras. Esta autoapreciación es lo que comúnmente conocemos como autoestima»⁶⁶⁵. Darwall

⁶⁶² DARWALL S.L, *Two Kinds of Respect*, op. cit., p. 47.

⁶⁶³ DARWALL S.L, *Two Kinds of Respect*, op. cit., pp. 47 y 48.

⁶⁶⁴ DARWALL S.L, *Two Kinds of Respect*, op. cit., p. 48.

⁶⁶⁵ DARWALL S.L, *Two Kinds of Respect*, op. cit., p. 48.

manifiesta finalmente la manera complementaria que tienen de funcionar ambos tipos de respeto cuando se proyectan sobre uno mismo:

«El *respeto de reconocimiento* consiste en estar dispuesto a tomar en serio ciertas consideraciones como razones para actuar. Por otro lado, el *respeto de apreciación* consiste en la evaluación que una persona hace de las características que son parte de su carácter. Por lo tanto, sentir *respeto de apreciación* por uno mismo es valorarse como digno de respeto, esto es, como un ser que es capaz de ostentar *respeto de reconocimiento* por tener derecho a él. Esto es lo que conecta los dos tipos de respeto. El primero es la actitud adecuada para que una persona, como agente, se encargue de aquellas cosas que merecen su atención al reflexionar sobre qué debe hacer con su vida. El otro es una actitud de evaluación de esa persona, como ser humano que expresa su propio reconocimiento»⁶⁶⁶.

Catriona McKinnon, hoy profesora en la Universidad de Reading y antes en las de York y Exeter, ha elaborado una interesante distinción entre (a) el autorrespeto consistente (o congruente) y (b) el autorrespeto como no servidumbre que, aunque es similar a las clasificaciones de Telfer y Darwall, presenta unos rasgos propios que merecen ser subrayados.

(a) Para el primer sentido, el autorrespeto estaría basado en la congruencia entre la concepción que cada uno tiene de sí mismo (*self-conception*) y la expresión que cada uno hace de esa propia concepción (*self-expression*). Esto significa que el autorrespeto de cada individuo se medirá por lo ajustado que esté la expresión que cada uno haga de su propia concepción. Esto es, el autorrespeto requiere que una persona se exprese y actúe de forma que, al menos, sea congruente con la propia concepción que tenga de sí misma:

«El autorrespeto de una persona requiere congruencia entre su autoconcepción y su autoexpresión; ello depende de encontrar estándares con los que cada uno se identifica. El autorrespeto requiere que la actuación de la persona al menos concuerde con, y preferiblemente apoye, su autoconcepción. Si fracasa al actuar de esta forma, la persona deja de ser como había creído o esperado ser»⁶⁶⁷.

Estos estándares a los que hace referencia McKinnon son los patrones de excelencia con los que cada uno evaluamos nuestros logros y actos en los diferentes ámbitos de nuestra vida. Con estos referentes, cada individuo va construyendo su propia concepción de sí mismo. Por ejemplo, «si una persona se concibe a sí mismo como

⁶⁶⁶ DARWALL S.L., *Two Kinds of Respect*, op. cit., p. 49.

⁶⁶⁷ MCKINNON C., *Liberalism and the Defence of Political Constructivism*, Palgrave MacMillan, New York, 2002, pp. 57 y 58.

profesor, entonces los estándares con los que juzga su éxito como profesor harán referencia a la paciencia, la sensibilidad y las habilidades que demuestra al enseñar. Alternativamente, si la autoconcepción de una persona gira en torno a los ideales cristianos, entonces los estándares implícitos en su autoconcepción pueden hacer referencia a la caridad, la benevolencia y el autocontrol ante la tentación que exhibirá en todas las actividades de su vida»⁶⁶⁸. Lo que interesa destacar de esta caracterización del autorrespeto es la congruencia que se debe dar entre nuestros logros y la concepción que cada uno tenga de sí mismo. Cuanto más paciente seamos, mejor profesor seremos. Cada uno sentirá que ha alcanzado sus metas en función de si ellas están acordes con lo que cada uno esperaba de sí, con su propia concepción de sí mismo.

Ahora bien, lo problemático de este sentido del autorrespeto es la procedencia de esos estándares con los que cada uno juzga su conducta. Habrá que determinar si, cuando juzgamos nuestro éxito, nos estamos midiendo con estándares que nos hemos propuestos nosotros mismos o que nos vienen impuestos desde afuera. McKinnon retoma el siguiente ejemplo de Nozick como un tipo de autorrespeto medido con estándares sociales:

«Un hombre que viva en un pueblo aislado en la montaña puede encestar 15 tiros saltando con una pelota de baloncesto en 150 intentos. Todos los demás del pueblo pueden encestar sólo un tiro saltando en 150 intentos. Él piensa (al igual que los otros) que es muy bueno para eso. Un día llega Jerry West»⁶⁶⁹.

En este ejemplo, el individuo mide su éxito tomando como referencia los criterios usados por el grupo social. Se pregunta Nozick «cómo pueden las actividades, o características, de otros afectar nuestra propia estima» y si no haríamos mejor haciendo «depender la estima, sentimiento, valor, etcétera, que siento por mí tan sólo de los hechos propios». Nuestras prácticas demuestran que los hechos de otras personas pueden desempeñar un papel importante en nuestra autoevaluación. Nuestro aficionado al baloncesto, tras llegar al pueblo Pau Gasol, reconocería que después de todo no era tan bueno o dotado, concluiría que «no hay ningún parámetro de hacer algo bien independientemente de cómo está hecho por otros»⁶⁷⁰. Sin embargo, McKinnon rechaza este criterio social para comprender el autorrespeto, «ya que es claro que cualquier fallo tendrá un efecto en el autorrespeto de *algunas* personas. Aquellos que se autoconciben de acuerdo con los roles y valores mantenidos por su comunidad entrarán en estado de shock

⁶⁶⁸ MCKINNON C., *Liberalism and the Defence of Political Constructivism*, op. cit., p. 58.

⁶⁶⁹ NOZICK R., *Anarquía, Estado y Utopía*, op. cit., p. 235.

⁶⁷⁰ NOZICK R., *Anarquía, Estado y Utopía*, op. cit., p. 235.

cuando se rompan o cambien los estándares que la comunidad estima y que ellos mismos respaldaban»⁶⁷¹.

Para McKinnon es preferible tomar en consideración, a la hora de elaborar estos estándares, los criterios subjetivos que asume cada individuo y que están relacionados con su ideal de perfección:

«Una mejor forma de estudiar la congruencia que nos importa para la noción de autorrespeto es analizándola en términos de éxito de acuerdo con lo que llamaré ‘criterios individuales de excelencia’. Los criterios de excelencia individual se relacionan con la concepción que tiene una persona de su ‘yo ideal’. Esta no es la concepción de cómo sería una persona si el mundo fuera un lugar perfecto y tuviera todos los talentos, habilidades y éxitos sociales que podría desear, sino más bien una concepción de lo que puede lograr, de lo que es posible para ella dado sus propios talentos y habilidades particulares y reales»⁶⁷².

McKinnon reconoce que este “yo ideal” con el que nos medimos, aunque suele tener vocación duradera para inspirar todo nuestro proyecto vital, está sujeto a cambios y revisiones. De hecho «el contenido y la severidad de los criterios individuales de excelencia dependerán de los talentos y habilidades de la persona»⁶⁷³ y es normal que estos estándares se vayan cambiando o moldeando según comprobemos, durante su propio desarrollo, si tenemos éxito o no en su consecución.

(b) Aunque esta idea de autorrespeto basada en la *congruencia* o *consistencia* con nuestra autoconcepción parece bastante atractiva, le falta a juicio de McKinnon un ingrediente que ella considera básico para resultar plenamente satisfactoria: el autorrespeto también tiene que ver con el estatus que una persona toma como referencia para sí misma. Y esto está conectado con el autorrespeto como *no servidumbre*.

McKinnon trata de explicar esta forma de autorrespeto a través de una comparación entre dos modelos de mujer: entre Harriet Taylor, compañera de Stuart Mill y participe en sus obras, además de ser una ardiente defensora de los derechos de la mujer en el siglo XIX, y *las esposas de Stepford*, una serie de televisión norteamericana en la que tales esposas logran satisfacer sus criterios individuales de excelencia convirtiéndose en expertas amas de casa (sentirán que su autoconcepción se realiza cuando lavan y

⁶⁷¹ MCKINNON C., *Liberalism and the Defence of Political Constructivism*, op. cit., p. 59.

⁶⁷² MCKINNON C., *Liberalism and the Defence of Political Constructivism*, op. cit., p. 59.

⁶⁷³ MCKINNON C., *Liberalism and the Defence of Political Constructivism*, op. cit., p. 60.

cocinan perfectamente) y magníficas esposas que satisfacen todas las necesidades de sus maridos.

Taylor, si siguiéramos el modelo propuesto por Nozick, no hubiera sentido autorrespeto por sus propios logros. La sociedad victoriana en la que vivió se compadecía mal con los estándares que ella misma perseguía. En cambio, con la noción de McKinnon de los ideales subjetivos de perfección podemos suponer que logró un grado de autorrespeto alto desde el punto de vista de la consistencia, ya que sus actos fueron, en gran medida, congruentes con su autoconcepción, con su “yo ideal”, con lo que ella se había propuesto ser. El segundo modelo de mujer, la esposa de Stepford, también tiene un respeto de sí misma profundo. Nadie duda que estas mujeres son felices y disfrutan plenamente la vida que han elegido. Estas mujeres alcanzan los fines (lavar, planchar, cocinar) que modelan su existencia, igual que Harriet alcanzó los suyos propios (luchar por la emancipación de la mujer).

Según McKinnon, si juzgamos las cotas de autorrespeto de Harriet y de una esposa de Stepford a la luz del modelo de su consistencia, se podría concluir que ambas tienen aproximadamente el mismo grado de autorrespeto, ya que logran acercarse a los fines que configuran su autoconcepción, esto es, se da una cierta armonía entre las habilidades y talentos que tienen y los logros obtenidos. Sin embargo, hay algo que chirría al igualar ambos casos de autorrespeto. Es notorio que hay algo perturbador en el ejemplo de las esposas de Stepford e «identificar este algo allanará el camino para una comprensión más detallada del pensamiento intuitivo sobre el autorrespeto»⁶⁷⁴.

McKinnon trata de desvelar la paradoja de que a pesar de que las esposas de Stepford logren exitosamente sus fines no nos parecen ejemplos dignos de autorrespeto, lo que sí sucede con Harriet Taylor. La forma más obvia de explicar la diferencia entre Taylor y las esposas de Stepford «sería simplemente afirmar que las actividades que promueven la igualdad para las mujeres frente a los prejuicios victorianos son más dignas de respeto que las labores de limpieza. En ese recuento, Taylor se respeta a sí misma más que las esposas de Stepford porque su autorrespeto como feminista victoriana está más arraigado en su autoconcepción que las actitudes de autorrespeto de las amas de casa»⁶⁷⁵. Pero esto es solo una parte del problema, o una defectuosa aproximación al mismo.

⁶⁷⁴ MCKINNON C., *Liberalism and the Defence of Political Constructivism*, op. cit., p. 63.

⁶⁷⁵ MCKINNON C., *Liberalism and the Defence of Political Constructivism*, op. cit., p. 63.

La estrategia de McKinnon consiste en mostrar que las esposas revelan en los comportamientos hacia sus maridos una actitud según la cual aquellos son más valiosos que ellas. Piensan de sí mismas que son inferiores en estatus cuando se comparan con sus maridos, y por ello se comportan de una forma subordinada o servil. No tienen la autonomía suficiente para ser independientes de los estándares sociales:

«Las esposas de Stepford viven sus vidas de acuerdo con las normas sociales que priorizan los intereses de sus maridos, mientras que Taylor está sola y piensa por sí misma. Por lo tanto, Taylor tiene más autorrespeto que las esposas de Stepford»⁶⁷⁶.

El principal problema de esta idea es que podemos encontrarnos con ciertos casos contraintuitivos sobre personas que son independientes de las normas sociales y tienen capacidad de autodeterminarse por sí solas como Harriet, pero de las que parece problemático predicar que tengan autorrespeto: «la anoréxica convencida, la amante que vive para que su amante deje a su esposa cuando él nunca lo hará, o la joven prostituta que se droga para ofrecerse sexualmente a todos sus clientes»⁶⁷⁷. De la misma forma, podría darse el caso de que «las esposas de Stepford hayan elegido autónomamente una vida de devoción a sus maridos independientemente de las normas de emancipación femenina»⁶⁷⁸.

McKinnon opina que «una persona no puede tener respeto por sí misma a menos que las preferencias sobre las que actúa al perseguir objetivos valiosos sean auténticas»⁶⁷⁹. Decir que las preferencias sean auténticas implica que éstas se definan como contribuciones objetivas al desarrollo de la persona de acuerdo con una concepción teleológica. Pone el ejemplo McKinnon de cómo la concepción de Stuart Mill requería que el florecimiento de una persona pasara por el desarrollo de sí misma como un ser creativo e independiente a través del ejercicio de su libertad. Podría argumentarse, entonces, que «las preferencias de Taylor por el feminismo victoriano contribuyen a su florecimiento como individuo, mientras que las preferencias de las esposas de Stepford por atender a sus maridos con exclusión de todo lo demás no. Y por lo tanto Taylor tiene, y las esposas de Stepford carecen, de autorrespeto»⁶⁸⁰.

⁶⁷⁶ MCKINNON C., *Liberalism and the Defence of Political Constructivism*, op. cit., p. 64.

⁶⁷⁷ MCKINNON C., *Liberalism and the Defence of Political Constructivism*, op. cit., p. 65.

⁶⁷⁸ MCKINNON C., *Liberalism and the Defence of Political Constructivism*, op. cit., p. 65.

⁶⁷⁹ MCKINNON C., *Liberalism and the Defence of Political Constructivism*, op. cit., p. 65.

⁶⁸⁰ MCKINNON C., *Liberalism and the Defence of Political Constructivism*, op. cit., p. 65.

Es el argumento que también utiliza Judith Shklar para argumentar por qué no podemos entender que las mujeres judías han dado su conformidad a la inferioridad que padecen frente a sus maridos aunque hayan sido ellas mismas las que eligieron esa posición de subordinación. Si la propia mujer judía más ortodoxa no considera que sea injusta su posición de inferioridad con respecto al esposo es porque decidió en un contexto en el que podría haber elegido tanto la igualdad como la inferioridad (es decir, podía elegir entre la subordinación o la independencia). Pero esto sólo ocurre en determinados lugares del mundo «donde ellas tienen todas las oportunidades posibles para cambiar de mentalidad y para dejar sus comunidades religiosas si así lo desean. Como todo el mundo puede apreciar, ellas han consentido sus roles bastante felizmente. Pero, si no tuvieran oportunidad para elegir, ni siquiera podríamos adivinar cómo se sienten»⁶⁸¹.

Este sentido del autorrespeto como igual estatus o no servidumbre nos permite diferenciar por qué, aunque distintas personas alcancen sus objetivos siendo congruentes con su autoconcepción, unas alcanzan mayores cotas de autorrespeto que otras. Las actitudes de las esposas de Stepford o de las judías ortodoxas, como serviles o no igualadas al estatus de sus maridos, aunque logren su autoconcepción de ser unas excelentes amas de casa, no están situadas en el mismo nivel de autorrespeto que nos merece Harriet Taylor cuando persigue sus ideales feministas, reflejando ella una actitud autónoma, no servil, y un robusto sentido del autorrespeto logrado por la confirmación individual. Sólo el consentimiento libre y autónomo libera de la servidumbre y la subordinación:

«No hay en absoluto alternativa conocida al tipo de consentimiento y sobre todo constantes oportunidades de disenso y salida que se dan bajo las condiciones más abiertas y fáciles. Por eso, nada sería más engañoso que imputar contento y aceptación a la gente que no protesta y asumir que, porque los desposeídos y los dañados comparten los ‘significados’ de su sociedad con sus opresores, aceptan por ello las condiciones de su servidumbre»⁶⁸².

Podemos observar, finalmente, como el análisis del autorrespeto de McKinnon o Shklar enlaza, como en tantos otros autores, con la idea de autoestima: una persona se concibe a sí misma de menos estatus o valor que otra cuando realiza sacrificios en beneficio de esa otra a la que atribuye mayor valor (a su marido, por ejemplo). Y, a la inversa, una persona se considera de igual valor a otra cuando realiza sacrificios en

⁶⁸¹ SHKLAR J., *Los rostros de la injusticia*, op. cit., p. 185.

⁶⁸² SHKLAR J., *Los rostros de la injusticia*, op. cit., p. 185.

beneficio de esta otra a la que atribuye el mismo valor que a sí misma. Por tanto, una persona que se autorrespeto tiene un sentido de su propia valía, esto es, su conducta no es servil o inferior a la de otro, sino *igual* a la del otro, se respeta a sí misma tanto como respeta al otro:

«Podríamos entender que Taylor posee autorrespeto en tanto que ella se considera a sí misma igual a otras mujeres en su sociedad victoriana reprimida. Las esposas, por otro lado, son mansas y obedientes, lo que sugiere que se consideran insignificantes y de poca importancia en comparación con otras mujeres o sus maridos. Esta explicación del autorrespeto podría complementarse con afirmaciones sobre la psicología que experimentan las personas que se autorrespetan. Por ejemplo, se puede decir que el autorrespeto va acompañado de una sensación de agrado o contento. Este análisis del autorrespeto combina el autorrespeto y la autoestima»⁶⁸³.

Una vez expuesta la caracterización del respeto y el autorrespeto a través de estos autores, estamos en disposición de analizar la relación dependiente que existe entre ambos conceptos. Se han mantenido tradicionalmente dos respuestas o actitudes que conducen a implicaciones y consecuencias con matices propias cada una. La primera de estas respuestas, dice Pérez Triviño, «adopta la forma de *esto es importante, y exige una consideración debida*. La segunda tiene esta expresión *esto es bueno, de calidad notable, y por ello merece nuestra aprobación*»⁶⁸⁴. Ambas aproximaciones tienen precedentes notables en el pensamiento filosófico. El primer planteamiento está vinculado con la idea de estatus moral y deriva de nuestra naturaleza como sujetos morales dotados de dignidad. Autorrespetarse es reconocer la dignidad en uno mismo, lo que implica aceptar los imperativos dictados por esa misma dignidad y, por tanto, vivir conforme a ese reconocimiento que uno hace de sí. Esta expresión del autorrespeto encontrará a un destacado teorizador en la figura de Kant. La segunda actitud hace referencia a la calidad de una conducta o forma de ser que estimamos valiosa en virtud de lo que uno alcanza o llega a ser. Autorrespetarse será tomar conciencia de esa autovaloración. Este tipo de autorrespeto se basa en la confianza en nuestros méritos y en la satisfacción y seguridad que nos otorga el realizar un proyecto exitoso bien ejecutado. Tiene más que ver con la idea de autoestima y encuentra en Hume su principal exponente.

A Kant deberemos hacer referencia más adelante de nuevo, en torno a lo que tenga que decirnos sobre esta versión del autorrespeto, que complementará lo ya expuesto sobre su idea de dignidad. Centrémonos ahora en las ideas de Hume que, aunque aparezcan

⁶⁸³ MCKINNON C., *Liberalism and the Defence of Political Constructivism*, op. cit., p. 66.

⁶⁸⁴ PÉREZ TRIVIÑO J.L., *De la dignidad humana y otras cuestiones jurídico-morales*, op. cit., p. 49.

referidas al orgullo, pueden perfectamente extenderse al fenómeno del autorrespeto sin forzar los términos ni las intenciones del filósofo escocés.

4. DAVID HUME Y EL ORGULLO.

En la obra del filósofo, economista e historiador escocés David Hume podemos encontrar algunas referencias muy valiosas para la caracterización que estamos haciendo del autorrespeto. Aunque en sus textos él optará por el término *orgullo* para referirse a esta misma idea. Ya sabemos que Hume llevó hasta sus últimas consecuencias el proyecto empirista que diseñara John Locke y George Berkeley, de tal forma que su obra le cierra la puerta de acceso a toda metafísica. El conocimiento no puede ir más allá de lo que nos revela la experiencia. Si el autor del *Ensayo sobre el gobierno civil* limitó el empirismo a su teoría del conocimiento, en el *Tratado de la naturaleza humana* Hume lo extenderá a la explicación del imaginario estado de naturaleza o a los orígenes del contrato social (a dónde Locke no había llegado). Pero Hume es mucho más que el último eslabón de esta tradición empirista, es más que el pensador que despertó a Kant de su sueño dogmático y es más que un mero precedente del positivismo lógico que florecerá en el siglo XX.

Las únicas bases fiables de las que parte el conocimiento son la experiencia y la observación. El objetivo será analizar la naturaleza humana con base en esos procedimientos de modo que se obtengan resultados que permitan su comprobación empírica. Tanto la experiencia como la observación son técnicas que han cosechado éxitos notables para el campo de las ciencias naturales. Hume retoma el método experimental como modelo a seguir en las ciencias morales, intentando hacer de la psicología humana una ciencia tan fiable y válida como las ciencias de la naturaleza. Como ciencia de la naturaleza que es, la ciencia de la naturaleza humana deberá seguir los mismos pasos si quiere obtener los réditos de las ciencias naturales⁶⁸⁵.

Siguiendo esta lógica empirista, Hume propone que la ciencia de lo que es el hombre parta de una observación rigurosa de la conducta humana y, a partir de esa observación, inferir patrones de acción del desenvolvimiento normal de la actividad diaria de los individuos. Aboga por trasladar la experimentación al análisis político y moral. Su énfasis en la observación, queriendo introducir el método experimental en el

⁶⁸⁵ GARCÍA ROCA J., *Positivismo e Ilustración: la filosofía de David Hume*, Universidad de Valencia, Valencia, 1981, pp. 70-71.

razonamiento moral, le mereció el apelativo -en boca de Passmore- del «Newton de las ciencias morales»⁶⁸⁶.

Fue un filósofo provocador e irreverente. Sus opiniones, sobre todo en temas religiosos, nunca pasaron desapercibidas⁶⁸⁷. Dejo anotado que su verdadero apellido era Home, que podría sonar demasiado provinciano u hogareño. Prefirió cambiarlo por Hume, que tiene la misma raíz de *human* (cuya naturaleza tanto estudió). En su propia autobiografía *My Own Life* de 1776 -que por su brevedad se publica tradicionalmente como apéndice de algunas de sus obras-⁶⁸⁸, cuenta que fue un mujeriego y que, aunque nunca se casó, tuvo una intensa vida amorosa. Su expresión alegre, su aspecto regordete y su carácter jovial y amigable le sirvieron para ganarse la *simpatía* (de la que también tanto habló) de muchos de sus coetáneos⁶⁸⁹.

Su *Tratado de la naturaleza humana*⁶⁹⁰, en el cual habremos de centrarnos, ve la luz en 1740, cuando el joven Hume contaba con apenas 29 años. La obra consta de tres libros: los dos primeros (*Del entendimiento* y *De las pasiones*) ya habían aparecido un

⁶⁸⁶ PASSMORE J., *Hume's intentions*, Gerald Duckworth, Londres, 1968, p. 43.

⁶⁸⁷ Demostró (en *Del suicidio*, pp. 496, 497 y 500) que uno tiene derecho a “escaparse de este cruel escenario” cuando le dé la gana, correspondiendo “a cada cual disponer libremente de su propia vida”; es más, en el caso de algunas personas no es sólo un derecho sino un deber: aquellos que “siendo una carga para el Estado”, o que son malhechores o para aquellos cuya vida se ha vuelto una pesada carga (por sus penurias o falta de salud) su “dimisión de la vida no sería sólo inocente, sino loable”. También afirmaba (en *De la inmoralidad del alma*, p. 501) con su hilarante humor que “las facultades de los seres humanos no son superiores, en relación con sus necesidades, considerando meramente las de esta vida, que las de los zorros y las liebres”. Y expresó (en *De los milagros*) sus dudas acerca de la integridad moral de los apóstoles. Estos ensayos los cito por la compilación *David Hume. Ensayos morales, políticos y literarios*, ed., pról. y notas de Eugene F. Miller y trad. de Carlos Martín Ramírez, Trotta (con permiso de Liberty Fund, Inc), Madrid, 2011.

⁶⁸⁸ La biografía más completa hasta ahora sobre Hume es la de MOSSNER E.C., *The life of David Hume*, Clarendon, Oxford, 2001.

⁶⁸⁹ Pueden leerse algunas de estas referencias biográficas en el curioso libro de RIFFARD P., *Les philosophes: vie intime*, Presses Universitaires de France, París, 2004. Cito por la traducción, algo defectuosa, de Amparo Salvador Alcober, *Filósofos: vida íntima*, Diálogo, Valencia, 2007, pp. 138, 142 y 199. El cambio de grafía del apellido también se alude en TASSET J.L., “David Hume, el escéptico apasionado”, estudio introductorio a HUME D., *Tratado de la naturaleza humana*, trad. de Vicente Viqueira de 1923 con la revisión y notas de José Luis Tasset y Raquel Díaz Seijas, Gredos, Madrid, 2012, p. xviii.

⁶⁹⁰ Todos los estudiosos de Hume no dudan en afirmar que el *Tratado* es una obra de difícil comprensión. Su acogida inicial fue mala y apenas tuvo éxito debido a la dificultad que entrañaban algunos de sus planteamientos. No olvidemos que el propio Hume, aunque de forma anónima, publicó ese mismo año 1740 su *Resumen de un libro recientemente publicado titulado Tratado de la naturaleza humana* persiguiendo ilustrar y simplificar algunos puntos conflictivos de su obra para acercarla a un mayor público. Aunque sea una obra difícil de entender, como bien dice José Luis Tasset “conocer a Hume exige de modo inexcusable leer el *Tratado*, e incluso podría afirmarse que el acceso al resto de su obra nos estaría vedado si no recorriéramos esta obra, un trabajo defectuoso e inmaduro en muchos aspectos, pero también la única formulación sistemática y global de la filosofía de Hume”. En el *Tratado* está ‘todo’ Hume. Quizás en obras posteriores encontremos formulaciones más exactas, precisas y elegantes (sobre todo, en los *Ensayos*, de género y estilo más accesibles), pero sólo leyendo el *Tratado* “podemos comprender la grandeza de su pensamiento”. TASSET J.L., *David Hume, el escéptico apasionado*, op. cit., pp. xxi y xxxvi.

año antes; y junto con el tercer libro (*De la moral*), conformarán el *Tratado*. Su tema central es, como su título indica, la propia naturaleza humana, el hombre como dimensión central, su manera de conocer, el alcance de nuestras facultades, cómo las pasiones determinan nuestra conducta, cómo es nuestro comportamiento y qué tipo de organización social y política encaja mejor dada esa naturaleza humana. Si el método de conocimiento iba a ser el empirismo, Hume trata de corregir el malentendido que han ocasionado los racionalistas al hacer creer que el estudio de la moral es un asunto que concierne a la mera razón. Alberto Saoner ha señalado que Hume «parte de la premisa empírica según la cual resulta indudable que la moralidad influye en las acciones y pasiones humanas. Dado que la razón, por sí sola, es incapaz de ejercitar una tal influencia, se ha de concluir que la moralidad no puede ser explicada por el mero ejercicio de la razón»⁶⁹¹. Recordemos que Hume no dudaba en aseverar que «la razón por sí sola no es capaz jamás de producir una acción», ya que «la razón es, y sólo debe ser, esclava de las pasiones, y no puede pretender otro oficio más que servir las y obedecerlas»⁶⁹². De lo anterior ha deducido Isabel Wences que «en el campo de la conducta humana la razón juega un papel subordinado y auxiliar; es algo estático que no aporta motivos para decidir sobre nuestras acciones. La moralidad es una cuestión práctica que mueve a la acción; lo que influye en la voluntad son los afectos, sentimientos y emociones, es decir, las pasiones. En suma, Hume se enfrenta al tópico propio de la filosofía que sostiene que la conducta debe ser dirigida por la razón y no por la pasión; para él la razón por sí misma no puede dar cuenta de la moralidad»⁶⁹³.

Esta manera propia de conocer del hombre es a través de sus *percepciones*. De ello se ocupa Hume en el Libro I del *Tratado*. Su teoría del conocimiento, de las formas en que el hombre puede conocer, parte de la idea de que lo único que está presente en nuestra mente son *percepciones*, que pueden ser a su vez de dos clases: *impresiones* e

⁶⁹¹ SAONER A., “Hume y la Ilustración Británica”, en *Historia de la Ética*, vol. II: La Ética Moderna, Victoria Camps (ed.), Crítica, Barcelona, 1992, p. 291.

⁶⁹² HUME D., *Tratado de la naturaleza humana*, estud. prelim. de José Luis Tasset, trad. de Vicente Viqueira de 1923 con la revisión y notas de José Luis Tasset y Raquel Díaz Seijas, Gredos, Madrid, 2012, p. 361 [415]. Conozco la forma de citar que se ha convertido habitual en las últimas ediciones críticas de las obras de Hume llevadas a cabo por Oxford University Press (en el caso del *Tratado*: indicando número libro, parte, sección, párrafo). Aun así, por las ediciones que manejo, prefiero seguir utilizando la forma de citar tradicional, esto es, indicando entre corchetes la página de la edición canónica de L.A. Selby-Bigge (actualizada posteriormente por P.H. Nidditch).

⁶⁹³ WENCES I., *Hombre y sociedad en la Ilustración escocesa*, Fontamara, México, 2009, p. 100.

ideas, que se diferencian por el grado de fuerza y vivacidad con que se presentan a nuestra mente:

«A las percepciones que penetran con más fuerza y violencia las llamamos *impresiones*, y comprendemos bajo este nombre todas nuestras sensaciones, pasiones y emociones tal como hacen su primera aparición en el alma. Por *ideas* entiendo las imágenes débiles de éstas en el pensamiento y razonamiento»⁶⁹⁴.

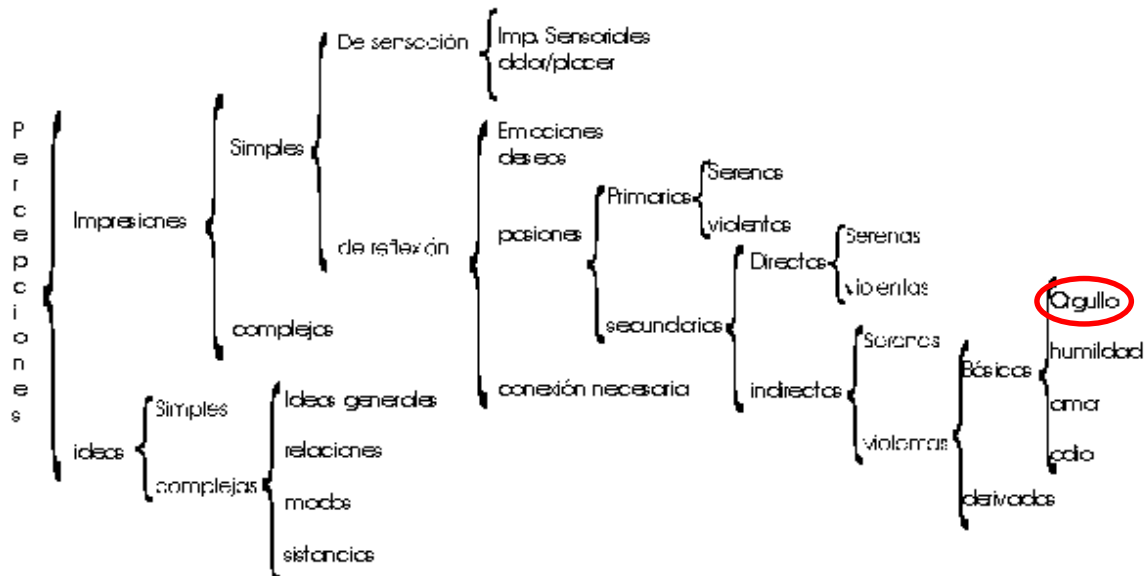
Esta terminología puede inducir a confusión. Para nosotros, una *percepción* es algo distinto a lo que pensaba Hume. Hoy en día una *percepción* tiene más que ver con una sensación interior (generalmente bastante vaga) que nos transmite alguno de nuestros cinco sentidos. En cambio, para nuestro autor *percepción* es todo aquello que está en la mente y, según estos contenidos mentales sean fuertes o débiles, podremos hablar de *impresiones* o *ideas*. Otra clasificación de las impresiones e ideas es la que las divide en simples (la idea de “rojo”, por ejemplo) y complejas (la de “auto-móvil”). Las impresiones o ideas simples «son las que no admiten distinción ni separación. Las complejas son lo contrario que éstas»⁶⁹⁵. Las impresiones, a su vez, pueden ser de dos géneros: de sensación o de reflexión (pasiones, deseos y emociones)⁶⁹⁶.

La teoría de las *percepciones* de Hume es compleja. Tampoco nos obliga nuestro estudio a tener que rastrear los modos en que éstas se clasifican ni cómo las impresiones e ideas, y a su vez las pasiones, se generan. Tales cuestiones no limitan la comprensión de Hume a los efectos que aquí nos interesan. Para dar muestra de su complejidad, dejo anotado un esquema general de la teoría de las percepciones de Hume:

⁶⁹⁴ HUME D., *Tratado de la naturaleza humana*, op. cit., p. 13 [1].

⁶⁹⁵ HUME D., *Tratado de la naturaleza humana*, op. cit., p. 14 [2].

⁶⁹⁶ HUME D., *Tratado de la naturaleza humana*, op. cit., p. 18 [8].



Fuente: HUME D., *Tratado de la naturaleza humana*, ed. y trad. de Félix Duque, Tecnos, Madrid, 2005.

Tras las múltiples clasificaciones y divisiones realizadas, llega un punto en el que Hume distingue las pasiones en dos tipos según si surgen inmediatamente o no del placer y el dolor. Así llama *pasiones directas* a aquellas que nacen inmediatamente del placer o del dolor, mientras que las *indirectas*, además del placer y del dolor, requieren la adición de otras cualidades. Entre las pasiones directas figuran la aversión, la pena, la alegría, la esperanza, el miedo, el menosprecio y la seguridad. Entre las indirectas Hume enumera «el orgullo, la humildad, la ambición, la vanidad, el amor, el odio, la envidia, la piedad, la malicia y la generosidad»⁶⁹⁷.

Para Hume, por tanto, como el orgullo es una pasión secundaria e indirecta, en él participan distintas cualidades. Y aunque el filósofo escocés trata de explicar cuáles son esas cualidades especiales que caracterizan a las pasiones indirectas en realidad quedan muy poco aclaradas. Más bien, ese propósito inicial le sirve a Hume de «excusa -juzga Martínez de Pisón- para tratar detenidamente las pasiones más importantes de la mente, que son el amor y el odio, el orgullo y la humildad. Su tesis es que el resto de las pasiones se construyen a partir de éstas»⁶⁹⁸.

En David Hume encontramos un tratamiento del orgullo que, como antes de ser una pasión indirecta es una impresión simple y uniforme, «es imposible que podamos mediante una serie de palabras dar de ella una definición precisa». Lo único que podemos

⁶⁹⁷ HUME D., *Tratado de la naturaleza humana*, op. cit., p. 246 [276].

⁶⁹⁸ MARTÍNEZ DE PISÓN J., *Justicia y orden político en Hume. Sus fundamentos filosóficos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 163.

hacer, añade Hume, es describirlo mediante una enumeración de las circunstancias concomitantes. De todos modos, como el orgullo representa una impresión muy común, «cada uno, partiendo de su propia vida, será capaz de formarse una idea precisa de ella sin correr el riesgo de equivocarse»⁶⁹⁹.

Ya avisa Hume de que quizás estemos acostumbrados a una idea de orgullo que despierta en nosotros cierta animadversión o que empleamos comúnmente en sentido peyorativo, como un vicio. Hume apostará por una nueva versión del orgullo como virtud y no como vicio. De hecho, advierte el filósofo escocés con sarcasmo, que «puede haber, quizás, algunos que, habituados al estilo de las escuelas y del púlpito, y no habiendo considerado jamás la naturaleza bajo otro aspecto que en el que ellos la sitúan, se sientan sorprendidos al oírme decir que la virtud excita el orgullo, pasión que aquéllos miran como un vicio»⁷⁰⁰. Como ha señalado el profesor Russell Hardin:

«Hume sostiene que el orgullo es una virtud porque deriva del reconocimiento que nosotros mismos hacemos de nuestras buenas acciones, lo que estimula a su vez que emprendamos tales buenas acciones. Son acciones que probablemente beneficiarán a otros tanto como a nosotros mismos. Hume se enfrenta así tajantemente contra lo que él llamaba despectivamente las ‘virtudes monacales’ de los teóricos de la virtud religiosa, para quienes el orgullo es un pecado»⁷⁰¹.

Hume, para salvar esta connotación negativa del término *orgullo*, y encontrar su justo medio entre la vanidad que constituye un vicio y el virtuoso amor propio, siempre lo hará acompañar de expresiones como «orgullo continuo y bien establecido» u «orgullo o estima de sí mismo genuino y cordial»⁷⁰². También equipara este orgullo a una «virtud heroica», pudiendo sustituirse el término *orgullo* por el de «aprecio de sí mismo»⁷⁰³. Todo ello para no caer en el error de la *alabanza de sí mismo*, que puede resultar antipática al resto, o ensalzar una vanidad inadmisibles o vanagloriarse de un concepto presuntuoso que el hombre tenga de sí, que es lo más desagradable⁷⁰⁴.

⁶⁹⁹ HUME D., *Tratado de la naturaleza humana*, op. cit., pp. 246 y 247 [277]. Intentar definir el orgullo mediante el lenguaje “no nos ayuda tanto como parecía prometer a la hora de encontrar nuestro catálogo de virtudes, y lo que es más, puede esconder diferencias profundas de valoración”. LÓPEZ SASTRE G., “La historicidad de las virtudes en el pensamiento de David Hume”, en *David Hume. Nuevas perspectivas sobre su obra*, Gerardo López Sastre (coord.), Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2005, p. 101.

⁷⁰⁰ HUME D., *Tratado de la naturaleza humana*, op. cit., p. 416 [263].

⁷⁰¹ HARDIN R., *David Hume: Moral and Political Theorist*, Oxford University Press, New York, 2009, p. 21.

⁷⁰² HUME D., *Tratado de la naturaleza humana*, op. cit., p. 519 y 520 [599].

⁷⁰³ HUME D., *Tratado de la naturaleza humana*, op. cit., p. 520 [600].

⁷⁰⁴ HUME D., *Tratado de la naturaleza humana*, op. cit., pp. 518 y 519 [597].

La inclinación de los individuos a sobrevalorarse nos ha producido un *prejuicio* contra el orgullo: llegamos a condenar toda alabanza que uno haga de sí mismo porque todos los hombres tienden a sobreestimarse. Siempre se valorarán por encima de lo que realmente son y el orgullo propio acaba siendo mal visto. Frente a la arrogancia de carácter, Hume recomienda modestia para disimular los desagradables efectos que despierta un orgullo exacerbado, pues si «abrigamos orgullo en nuestros pechos debemos mantener un exterior agradable y mostrar un aspecto de modestia y de deferencia mutua en toda nuestra conducta y vida»⁷⁰⁵. Esta modestia nos obligaría tener que observar unas reglas mínimas en el trato social para ganarnos la indulgencia de la gente y no resultar pretencioso ante su mirada condenatoria:

«Debemos en toda ocasión mostrarnos prestos a preferir a los demás antes que a nosotros, a tratarlos con una especie de respeto aun cuando sean nuestros iguales, a parecer siempre los inferiores y últimos en la sociedad»⁷⁰⁶.

El prejuicio de considerar de mal gusto la exhibición de los talentos se ha convertido en uso habitual. Tanto es así que en la sociedad las normas del trato social van dirigidas más a buscar su disimulo que su manifestación. La exhibición del orgullo es motivo de rechazo. De hecho, «aquel prejuicio que nos lleva a rechazar la manifestación de orgullo como algo inadecuado se encuentra tan arraigado, que incluso en el caso de que un hombre realmente haya hecho algo de mérito, la costumbre nos lleva a mirar con desagrado el que nos lo haga notar»⁷⁰⁷.

Para Hume, el orgullo, correctamente entendido, puede encontrar un mejor fundamento, sin connotación negativa, cuando se basa en la conciencia que uno mismo tiene de sus propias virtudes: «por *orgullo* entiendo la impresión agradable que surge en la mente cuando el espectáculo de nuestra virtud, belleza, riqueza o poder nos permite estar satisfechos de nosotros mismos»⁷⁰⁸. Es más, «nada puede ser más laudable que tener aprecio de nosotros mismos cuando realmente apreciamos cualidades que son estimables»⁷⁰⁹.

⁷⁰⁵ HUME D., *Tratado de la naturaleza humana*, op. cit., p. 519 [598].

⁷⁰⁶ HUME D., *Tratado de la naturaleza humana*, op. cit., p. 519 [598].

⁷⁰⁷ GONZÁLEZ GONZÁLEZ A.M., *Sociedad civil y normatividad. La teoría social de David Hume*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 202.

⁷⁰⁸ HUME D., *Tratado de la naturaleza humana*, op. cit., pp. 263 y 264 [297].

⁷⁰⁹ HUME D., *Tratado de la naturaleza humana*, op. cit., p. 518 [596].

El amor propio cobra así un papel fundamental en la construcción de nuestra identidad. Hume describe el sentimiento de amor propio u orgullo como uno de los instintos básicos de la humanidad y como el fundamento de la preservación. La propia estima se convierte en «fundamento de las relaciones humanas y del orden social. Todos debemos poseer unas dosis equilibradas de orgullo, aunque aprendamos a no manifestarla delante de los demás. Tan erróneo sería tener mucho orgullo como carecer absolutamente de él»⁷¹⁰.

Además observa Hume que el orgullo o estima de sí mismo «es esencial para el carácter de un hombre de honor y que no hay cualidad en la mente que sea más indispensable requisito para procurar la estima y la aprobación de la humanidad»⁷¹¹.

Este orgullo, que es expresión de la estimación que uno siente por su talento virtuoso, tiene, a su vez, una vertiente (a) subjetiva o natural y otra (b) objetiva o social.

(a) El plano subjetivo revela la *satisfacción interior* que uno experimenta al tener conciencia de su virtud, es la garantía de que estamos haciendo algo talentoso, nos motiva para enderezarnos hacia el cultivo de nuestras habilidades y capacidades virtuosas: «nada nos es más útil en la conducta de la vida que un justo grado de orgullo, que nos da confianza y seguridad en nuestros proyectos y empresas»⁷¹².

La palabra *virtud* en Hume implica elogio, aquellas capacidades que son dignas de poseerse. Frente a la virtud, Hume contrapone el vicio, que implica censura, lo que desaprobamos. Así, «toda cualidad de la mente es denominada virtuosa cuando produce placer por la mera contemplación, del mismo modo que toda cualidad que produce dolor se llama viciosa»⁷¹³. John Leslie Mackie ha sido uno de los autores que mejor ha estudiado la distinción entre virtudes naturales y artificiales:

«Una virtud natural, para Hume, es una disposición que las personas naturalmente tienen y naturalmente aprueban, mientras que una virtud artificial carece de esa disposición; es sólo por algún artificio o invención que la disposición a comportarse de esta manera se ha desarrollado, y

⁷¹⁰ ELÓSEGUI M., “El descubrimiento del yo según David Hume”, en *Anuario Filosófico*, núm. 26, 1993, p. 321.

⁷¹¹ HUME D., *Tratado de la naturaleza humana*, op. cit., p. 519 [598].

⁷¹² HUME D., *Tratado de la naturaleza humana*, op. cit., p. 518 [597].

⁷¹³ HUME D., *Tratado de la naturaleza humana*, op. cit., p. 513 [591].

es sólo por algún artificio o invención que las personas han llegado a sentir la aprobación de este comportamiento y esta disposición y desaprobación de sus contrarios»⁷¹⁴.

Es decir, si las virtudes naturales pueden existir por sí mismas, sin tener que referirse al juicio moral de otro individuo, las artificiales, al ser una construcción o artificio, necesitan del juicio de nuestros semejantes. Entre las virtudes naturales sitúa Hume la cortesía, la beneficencia, la caridad, la generosidad, la clemencia o la moderación. Entre las virtudes artificiales se catalogan la justicia y la propiedad, la lealtad o el cumplimiento de las promesas, la obediencia a la justicia internacional, la castidad o la modestia. Hume tratará de demostrar de qué manera tanto las virtudes naturales como las artificiales favorecen la convivencia en sociedad y generan un sentimiento de aprobación moral en todos los individuos⁷¹⁵.

Hume en el ámbito de la moral no era en absoluto escéptico. Estaba firmemente convencido de que se podían hallar unos principios indubitables que explicaran la base de nuestras percepciones. Para emprender esta búsqueda, Hume propone un catálogo de virtudes que constituirían el mérito personal. Y, a partir de ese catálogo, intenta hallar los principios generales en los que dichas virtudes se fundamentan. Me interesa destacar que la elaboración de ese catálogo de virtudes arranca con la pregunta de qué cualidades desearíamos que los demás nos atribuyeran. Dicho de otra manera, ¿qué imágenes me gustaría proyectar de mí mismo? Es importante destacar que Hume no dice que se trate de cualidades que nos gustaría poseer, sino de cualidades que nos gustaría que los demás vieran en nosotros. Y esta aprobación de las virtudes o cualidades que otros hallan en mí se deriva, para Hume, de los principios de la moral, de sus raíces mismas. Hume había reconducido a cuatro fuentes el origen de la aprobación de estas cualidades de nuestro carácter, según nazcan de la utilidad o del placer: o son útiles a los demás, o son útiles para nosotros, o son inmediatamente agradables para los demás, o son inmediatamente agradables para quien las posea⁷¹⁶. Una virtud tiene su origen en una de estas cuatro causas, o en una combinación de ellas. Así, nuestra valentía, por ejemplo, será muy útil a los que nos rodean; el ser inteligente será útil para nosotros mismos para alcanzar nuestros

⁷¹⁴ MACKIE J.L., *Hume's Moral Theory*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1980, pp. 76-77. El capítulo VI de la obra está dedicado al análisis de las virtudes artificiales y el capítulo VII al de las virtudes naturales.

⁷¹⁵ Sobre la aprobación moral de las virtudes naturales y artificiales ver KLIEMT H., *Las instituciones morales. Las teorías empiristas de su evolución*, Fontamara, México, 2ª ed. 1998. En el capítulo III titulado *El paradigma maduro. La teoría de las instituciones de Hume* se encuentra el tratamiento de las virtudes en pp. 69-108.

⁷¹⁶ HUME D., *Tratado de la naturaleza humana*, op. cit., pp. 512 y 513 [590].

objetivos; nuestra amabilidad será inmediatamente agradable para los demás y nuestra serenidad filosófica resultará inmediatamente agradable para nosotros mismos. Como nos recuerda López Sastre, «una misma cualidad puede incluirse en varias categorías». Tal sería el caso del buen humor, que resulta inmediatamente agradable tanto a su poseedor cómo a los que están a su alrededor, o «la honradez y la sinceridad, que son cualidades que resultan útiles a los demás, pero que una vez que se han establecido sobre este fundamento, acaban resultando útiles para la persona que las posee, pues se convierten en fuente de consideración y confianza»⁷¹⁷. En el caso del orgullo su mérito «se deriva de dos circunstancias, a saber: su utilidad y su agrado para nosotros mismos, por las que nos capacita para nuestros negocios y al mismo tiempo nos produce una satisfacción inmediata»⁷¹⁸.

Este orgullo natural tiene un claro componente motivacional, que nos incita a continuar desplegando esas actividades por las que nos sentimos orgullosos: «si una persona está imbuida de una elevada idea de su carácter y de su rango en la creación, se esforzará de manera natural por actuar de acuerdo con ella, y desdeñará cometer una acción baja o maliciosa, que la coloque por debajo de la figura que ha forjado en su propia imaginación»⁷¹⁹.

(b) El otro sentido del orgullo, el plano objetivo o social, supone la toma en consideración de la opinión de los demás en la construcción del orgullo subjetivo. Se trata de ver de qué manera incide en nuestra *satisfacción interior* la percepción que los demás tienen del cultivo de nuestras virtudes. Al percibir las, dice Hume, nos devuelven una respuesta que nosotros asimilamos en nuestro interior para seguir forjando el orgullo natural. Por ello, en la construcción íntima de nuestro orgullo también participan las respuestas que recibimos de nuestros actos desde el exterior. Se produce así un movimiento en dos direcciones inversas: de nosotros hacia los demás y de éstos hacia nosotros mismos, porque nos importa la opinión que los demás se forjen de nuestra conducta y manera de ser:

«Nada es más natural para nosotros, que abrazar las opiniones de los demás en este particular, mediante la simpatía, que hace que sus sentimientos nos sean íntimamente presentes, y mediante

⁷¹⁷ LÓPEZ SASTRE G., *La historicidad de las virtudes en el pensamiento de David Hume*, op. cit., p. 98.

⁷¹⁸ HUME D., *Tratado de la naturaleza humana*, op. cit., p. 521 [600].

⁷¹⁹ HUME D., “De la dignidad o mezquindad de la naturaleza humana”, en *David Hume. Ensayos morales, políticos y literarios*, ed., pról. y notas de Eugene F. Miller y trad. de Carlos Martín Ramírez, Trotta (con permiso de Liberty Fund, Inc), Madrid, 2011, pp. 104 y 105.

el razonamiento, que nos hace considerar su juicio como una especie de argumento para lo que ellos afirman»⁷²⁰.

Además de las causas originales (naturales) del orgullo subjetivo que nos hacen confiar en nuestras virtudes, también se despliega en nosotros «una causa secundaria que tiene su raíz en la opinión de los otros, y que posee una igual influencia igual sobre las afecciones. Nuestra reputación, carácter, y nuestro nombre son consideraciones de gran peso e importancia; y hasta las demás causas del orgullo y la humildad, virtud, belleza y riquezas, tienen una pequeña influencia si no están secundadas por las opiniones y los sentimientos de los otros»⁷²¹.

Comprobamos así que la configuración del orgullo que hace Hume no sería la misma si el individuo que siente tal orgullo de sí no tuviese una vida en sociedad. De tal modo que «la convivencia con los demás permite descubrir la propia valía y el enorgullecimiento de sí mismo ante los demás»⁷²². La *simpatía* y la sociedad desempeñan un papel muy importante en su relación con el orgullo:

«No podemos concebir algún deseo que no tenga relación con la sociedad. Una absoluta soledad es, quizás, el más grande castigo que podemos sufrir. Todo placer languidece cuando se goza sin compañía, y todo dolor se hace más cruel e intolerable. Sean cuales sean las pasiones por las que podemos ser dominados -orgullo, ambición, avaricia, curiosidad, venganza o codicia-, la simpatía es el alma del principio animador de todas ellas, y no tendrían ninguna fuerza si nos abstrajéramos enteramente de los pensamientos y sentimientos de los otros»⁷²³.

Por ello el orgullo sólo se da en la vida comunitaria puesto que ella proporciona el campo de acción posible de la *simpatía* -concepto fundamental en la obra de Hume-, pues este orgullo no se entiende sin recibir los sentimientos de los demás. De hecho «ninguna cualidad de la naturaleza humana es más notable, ni en sí misma ni en sus consecuencias, que la inclinación que poseemos a simpatizar con los otros y a recibir por comunicación sus inclinaciones y sentimientos». El orgullo es una pasión «que experimento más por comunicación que por mi propio temperamento»⁷²⁴. El papel que los *otros* cumplen en la formación de mi propio orgullo es innegable.

⁷²⁰ HUME D., *Tratado de la naturaleza humana*, op. cit., p. 283 [320].

⁷²¹ HUME D., *Tratado de la naturaleza humana*, op. cit., p. 279 [316].

⁷²² ELÓSEGUI M., *El descubrimiento del yo según David Hume*, op. cit., p. 322.

⁷²³ HUME D., *Tratado de la naturaleza humana*, op. cit., p. 318 [363].

⁷²⁴ HUME D., *Tratado de la naturaleza humana*, op. cit., pp. 279 y 280 [316 y 317].

La simpatía funcionaría como el mecanismo instintivo que hace que todos los sujetos compartan sus sentimientos y opiniones con los demás, como una «inclinación espontánea que todos los hombres tienen a participar de los sentimientos de otros»⁷²⁵, una tendencia a comunicar sus impresiones y emociones, ya impliquen éstas agrado o desagrado, aprobación o desaprobación moral. Gracias a la simpatía nos contagiamos de los sentimientos de los demás y experimentamos una fluida comunicación de sentimientos por la que nos complacemos con aquello que complace a otro. Pero no es una mera traslación de emociones ajenas, sino un auténtico «proceso psicológico mediante el cual llegamos a experimentar una versión de la misma emoción que creemos que otra persona tiene»⁷²⁶. Mediante la simpatía es posible que nuestros sentimientos y opiniones puedan transmitirse de un individuo a otro, «es un mecanismo necesario que *comunica* nuestros sentimientos morales»⁷²⁷. La importancia de la simpatía para la socialización se deja entrever, en lo que a nosotros nos atañe, cuando Hume afirma que la reputación y el buen nombre son consideraciones de gran peso en la vida de cada ser humano. Además, la tendencia a tener en estima las opiniones de las personas cercanas a nosotros, y no de todas las personas en general, hace notar también que el fenómeno de la simpatía guarda una estrecha relación con la manera de experimentar el orgullo:

«La capacidad de compartir los sentimientos de otros individuos es proporcional a la necesidad de los hombres de ver que sus sentimientos también son compartidos por los demás. De lo cual resulta una necesidad general de estar en sociedad con los otros hombres»⁷²⁸.

Desde el principio de la sección onceava, que lleva el inequívoco título *Del amor por la fama*, de la Parte I titulada *Del Orgullo y la Humildad* del Libro Segundo, Hume deja ver que sin una relación de *semejanza* que nos vincule con nuestros *semejantes* -valga la redundancia-, la simpatía no sería prácticamente nada:

«Hombres de la mayor capacidad de juicio e inteligencia, hallan muy difícil seguir su propia razón o inclinación, en oposición con la de sus amigos o compañeros acostumbrados»⁷²⁹.

⁷²⁵ WENCES I., *Hombre y sociedad en la Ilustración escocesa*, op. cit., p. 103.

⁷²⁶ MULLER H.D., “Sympathy for Whom? Smith’s Reply to Hume” en *Journal of the American Philosophical Association*, 2016, p. 215.

⁷²⁷ SEOANE PINILLA J., “Urbanizar las pasiones: la simpatía humeana y el afinamiento moral”, en *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, año 20, núm. 40, segundo semestre de 2018, p. 324. Este número de la Revista contiene un monográfico dedicado a David Hume, coordinado por Gerardo López Sastre.

⁷²⁸ WENCES I., *Hombre y sociedad en la Ilustración escocesa*, op. cit., p. 104.

⁷²⁹ HUME D., *Tratado de la naturaleza humana*, op. cit., p. 279 [316].

Las opiniones de mis allegados son importantes, hasta el punto de influenciar y determinar las mías propias, porque hay una relación fuerte de parentesco o cercanía. La simpatía permite «olvidarse de uno mismo, hacerse cargo de los sentimientos de otra persona y, por un momento, convertirnos en esa otra persona»⁷³⁰. Pero no todos los tipos de relaciones suponen este vínculo tan estrecho. Hay relaciones más débiles de semejanza que sólo requieren el hecho de que el otro con el que convivo sea también un ser humano igual que yo. Tal semejanza, siendo algo tan simple, presenta en cambio una gran ventaja: es lo que permite la formación de sentimientos morales que permiten juzgar el comportamiento de todos sin que sea necesaria una cercanía de parentesco o amistad; evita que el ser humano se convierta en un “monstruo imaginario”:

«Supongamos que una persona está constituida originariamente de tal forma que no tiene ninguna preocupación por sus semejantes, sino que considera la felicidad y el sufrimiento de todos los seres sensibles con una indiferencia más grande que a dos tonalidades colindantes del mismo color. Supongamos que si se colocara a un lado la prosperidad de las naciones y al otro su ruina, y se le pidiera que escogiera, que permaneciera como el asno del escolástico, indeciso y sin determinarse entre dos motivos iguales; o, más bien, de forma parecida al mismo asno colocado entre dos trozos de madera o de mármol, sin ninguna inclinación ni propensión hacia ningún lado. Creo que habría que admitir que tal persona, al estar completamente despreocupada del bien público de la comunidad o de la utilidad privada de otras personas, miraría a todas las cualidades, por perniciosas o beneficiosas que fueran para la sociedad o para su poseedor, con la misma indiferencia que al objeto más común y falto de interés»⁷³¹.

Gracias a la vida en sociedad, y a los lazos que nos unen con nuestros semejantes, la simpatía permite concebir un “bien de la humanidad”, hace que no nos mostremos como seres desprovistos de compasión y nos proporciona la posibilidad de que cuando hallemos la cualidad de la simpatía en nuestros semejantes aprobemos de forma natural sus acciones, las compartamos⁷³². Lo propio de la simpatía será entonces «ponernos en relación con la gente cercana a nosotros mismos»⁷³³. *Simpatizar* con los demás es *empatizar* con el proyecto del otro. Recuerda Barry Stroud que es precisamente mediante el mecanismo de la simpatía por el que forjamos sentimientos de la misma cualidad afectiva de lo que contemplamos u observamos. Si el dolor ajeno provoca sentimientos dolorosos en nosotros o si, viceversa, los sentimientos placenteros de otros evocan en

⁷³⁰ HARRIS J.A., *Hume: An Intellectual Biography*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, p. 110.

⁷³¹ HUME D., *Investigación sobre los principios de la moral*, op. cit., pp. 102-103.

⁷³² HUME D., *Tratado de la naturaleza humana*, op. cit., p. 502 [578].

⁷³³ ELÓSEGUI M., *El descubrimiento del yo según David Hume*, op. cit., p. 324.

nosotros cierto agrado, es porque censuramos los sentimientos desagradables en los otros de la misma forma que aprobamos y fomentamos lo placentero:

«Los sentimientos desagradables de otros causan sentimientos desagradables en nosotros, y los sentimientos agradables causan complacencia en nosotros. Hume podría explicar por qué desaprobamos e intentamos evitar sentimientos desagradables en los demás, y por qué aprobamos e intentamos promover sentimientos agradables en ellos. Por supuesto, la simpatía podría describirse como la disposición a moverse para prevenir el dolor y promover el placer en los demás, o desaprobamos lo que tiende a producir dolor y aprobar lo que tiende a producir placer en ellos»⁷³⁴.

Es obvio que «la naturaleza ha establecido una gran semejanza entre las criaturas humanas». También es obvio que «jamás notamos una pasión o principio en otros sujetos de la que, en algún grado, no podemos hallar en nosotros un análogo»⁷³⁵. Pero esta semejanza compartida con los de nuestra propia especie es sólo el comienzo de la relación, o una manifestación muy débil de la forma de relacionarnos. La fuerza del mecanismo de la simpatía aumenta a medida que el individuo encuentra más cosas en común con quienes simpatiza:

«Hallamos que cuando, además de la semejanza general de nuestras naturalezas existe una similitud peculiar de nuestros modales, carácter, país o lenguaje, se facilita la simpatía»⁷³⁶.

Por eso donde con más fuerza se nota la simpatía es en nuestras relaciones de parentesco, amistad o contigüidad. Para poder simpatizar con otro necesariamente ambos deben estar cerca para poder fomentar los lazos habituales de la vida cotidiana «como son, entre otros, la charla, la amistad y la participación en prácticas comunes. Gracias a la simpatía, el amor a uno mismo pasa al amor por la familia, a los amigos, a la comunidad, etcétera»⁷³⁷. En la medida en que esos lazos se vayan haciendo más intensos, la persona se sentirá más enraizada con el conjunto de sus allegados. De esta manera, el sentimiento de pertenencia a la comunidad se hace más fuerte y alcanza la identificación del individuo con su grupo, con su comunidad política:

«Los sentimientos de los otros sujetos tienen poca influencia si están lejos de nosotros: requieren de la relación de contigüidad para comunicarse enteramente»⁷³⁸.

⁷³⁴ STROUD B., *Hume*, Routledge & Kegan Paul, London, 1977, p. 198.

⁷³⁵ HUME D., *Tratado de la naturaleza humana*, op. cit., p. 280 [318].

⁷³⁶ HUME D., *Tratado de la naturaleza humana*, op. cit., p. 281 [318].

⁷³⁷ WENCES I., *Hombre y sociedad en la Ilustración escocesa*, op. cit., pp. 104-105.

⁷³⁸ HUME D., *Tratado de la naturaleza humana*, op. cit., p. 281 [318].

La diferencia fundamental entra una relación de semejanza, en la que sólo nos une el hecho de pertenecer a la misma especie, y la relación de parentesco, ya sea por sangre o por vecindad, estriba en la intensidad con la que se hace presente la simpatía: aunque pueda recibir los sentimientos de cualquiera y comprenderlos, si el otro sólo tiene en común conmigo el hecho de ser humano, es más difícil que sus sentimientos influyan en mi propio carácter.

En definitiva, la base del orgullo (autorrespeto) humeano es la virtud, aquello que aprobamos, lo que despierta en nosotros un sentimiento de afecto⁷³⁹. En el proceso de construcción de nuestro carácter, cada uno apostará más firmemente por aquellas virtudes de las que se siente orgulloso y que se esforzará en cultivar. Cada individuo encontrará la motivación para desarrollar actividades meritorias tanto en su interior, en cuanto que le producen placer⁷⁴⁰ (orgullo original, subjetivo o natural), como en la confirmación social que recibe cuando sus actividades son alabadas también por los demás (orgullo secundario, objetivo o social).

Hume vivió según aquellos ideales que propugnaba en sus obras. Por ello quiero acabar este apartado con las emocionadas palabras que le dirigió su gran amigo Adam Smith tras su muerte:

«Yo siempre consideraré a Mr. Hume, tanto en su vida como después de su muerte, como alguien que estuvo próximo a la idea de lo que debe ser un hombre perfectamente sabio y virtuoso»⁷⁴¹.

⁷³⁹ Nótese que para Hume no es la razón la que determina que algo es virtuoso o vicioso, sino el sentimiento de aprobación o desaprobación que despierta en nosotros, un sentimiento que está en uno mismo, no en el objeto. Pero estas disquisiciones pertenecen ya a las bases de la filosofía humeana que se escapan a nuestro objeto de estudio y a su distinción entre razón y pasión.

⁷⁴⁰ El tratamiento del *placer* en Hume es intrincado, pero se caracteriza por ser *consecuencia de*, no la *causa por* ni el *motivo para*. Es una falacia querer concluir que, como cada acto de virtud va acompañado de placer, el cultivo de la virtud no puede ser totalmente desinteresado. El sentimiento o pasión virtuosa “produce el placer, y no surge de éste. Siento placer en hacer bien a mi amigo porque le quiero. Pero no le quiero por mor de ese placer”. HUME D., *De la dignidad o mezquindad de la naturaleza humana*, op. cit., p. 108.

⁷⁴¹ GREIG J.Y.T. (ed.), *The Letters of David Hume*, vol. II, Oxford, Clarendon Press, 1969, p. 336.

5. KANT: AUTOESTIMA Y SOSIEGO INTERIOR PARA NO CAER EN LA INDIGNIDAD.

La segunda manera para acercarnos al estudio del autorrespeto -decíamos- hace referencia a la actitud debida que nos merece un objeto importante que presenta ciertas características. Dicha postura encontraba en Kant su principal exponente.

Estas características harían referencia a propiedades inherentes que encontramos en objetos importantes. En el caso de los seres humanos esta característica universal se manifiesta en su *humanidad*. Y al descubrir dicha humanidad, reconocemos el respeto debido a todos aquellos que poseen esta propiedad. Como son poseedores de la misma todas las personas, la actitud debida es el respeto a todas ellas. Por ello cuando Kant señala que las personas son fines en sí mismas está obligando, a su vez, a que cada una de estas personas reconozca en cualquier otra su humanidad.

El segundo imperativo categórico nos prohibía un modo de obrar tal que usáramos a la humanidad, tanto *en nuestra propia persona* como en la de cualquier otro, sólo como un mero medio. De ahí que el primer aviso de la ley moral sea para prevenirnos de un tipo de comportamiento que tiene que ver con uno mismo, con la prohibición de instrumentalizarnos. La fórmula de la humanidad nos veda a cada uno de nosotros la posibilidad de usarnos como medio, de infravalorarnos, de negarnos el valor que tenemos como persona. Es un imperativo que nos ordena estimarnos de forma correcta y adecuada, coherentemente a nuestra condición de seres humanos que no tienen valor de mercado ni precio. Kant impide así que perdamos nuestra dignidad al rebajarnos a meros medios para fines de otros, que perdamos nuestra autoestima, que nos neguemos el respeto que nos debemos a nosotros mismos precisamente por ser dignos:

«La fórmula precisa además que el respeto por la humanidad tiene que darse tanto en la persona de los demás como en nuestra propia persona. El imperativo de la dignidad y de la no-instrumentalización de lo humano empieza por la autoestima y por la valoración de nuestra propia persona, lo que nos impide rebajarnos a medios o instrumentos para fines ajenos. La tendencia a creer que nuestro ser carece de un valor intrínseco y que sólo adquiere valor en función de una instancia o de una finalidad superior, e incluso reducir nuestras vidas a un simple medio para la realización y felicidad de otro ser, viola el imperativo categórico de la dignidad tanto como la tendencia a instrumentalizar a los demás»⁷⁴².

⁷⁴² PAPACCHINI A., *Filosofía y Derechos Humanos*, op. cit., pp. 226 y 227.

A diferencia de lo que mueve el orgullo humeano, este respeto a la humanidad es independiente de las virtudes personales. De ahí que todo individuo esté obligado a respetar a todos los seres humanos, es decir, «que está obligado a reconocer prácticamente la dignidad de la humanidad en todos los demás hombres, con lo cual reside en él un deber que se refiere al respeto que se ha de profesar necesariamente a cualquier otro hombre»⁷⁴³.

Como hemos analizado en el apartado anterior sobre la idea de dignidad kantiana, en especial en el epígrafe “Dignidad de ser feliz y no interferencia”, el formalismo ético de Kant suele caricaturizarse como una moral absolutamente rigorista que no considera para nada cosas tales como la felicidad o el bienestar del hombre. Sin embargo, hemos podido comprobar que a Kant sí le preocupaba -y mucho- el tema de la felicidad, aunque su explicación no esté exenta de rodeos, regresiones y titubeos⁷⁴⁴. Ya sabemos que lo primero que Kant reprocha a la idea de felicidad es su falta de determinación y, como nadie sabe muy bien en qué cifrarla con exactitud en cada momento, dado su carácter absolutamente empírico y mutable, es imposible que constituya una ley universal.

Esta es la clave del antieudemonismo kantiano. Mientras que el principio de la felicidad busca el bien supremo en algo que depende sobremanera del azar, la dignidad de ser feliz «lo sitúa en algo que siempre se halla bajo nuestro poder»⁷⁴⁵. El camino de la felicidad es laberíntico y tortuoso. Abundan las encrucijadas y a cada paso se hace preciso un inseguro cálculo respecto a las ventajas e inconvenientes de la opción por tomar⁷⁴⁶. No se cumple por tanto la condición de universalidad que se le impone a los principios morales. La felicidad queda desautorizada como principio moral por su referencia a fines subjetivos. Y la condición que así se establecería «es, por supuesto, contingente, relativa a los arbitrios individuales y a la diversidad infinita de las condiciones de configuración de las preferencias particulares de tales arbitrios»⁷⁴⁷. La apelación a un fin singular de un sujeto concreto descarta necesariamente la condición de universalidad de su validez. Si existe una pluralidad inmensa de “principios de la felicidad” no puede predicarse

⁷⁴³ KANT I., *La Metafísica de las Costumbres*, op. cit., p. 336 [ed. de la Academia: Ak. vi, 462].

⁷⁴⁴ Contra lo que suele creerse, rebate Rodríguez Aramayo, “Kant se ocupa mucho de la felicidad, y se podría decir que su formalismo ético gira en torno a una dicha emparentada con la del sosiego epicúreo, toda vez que se interesa sobre todo por aquella felicidad que podemos conquistar autónomamente sin contar con el respaldo del azar”. RODRÍGUEZ ARAMAYO R., *Kant: entre la moral y la política*, op. cit., p. 17.

⁷⁴⁵ KANT I., *Reflexiones sobre Filosofía Moral*, Refl. 7242 [Ak. xix, 293], en *Kant. Antología*, op. cit., p. 90.

⁷⁴⁶ RODRÍGUEZ ARAMAYO R., *Crítica de la razón ucrónica. Estudios en torno a las aporías morales de Kant*, op. cit., p. 356.

⁷⁴⁷ COLOMER J.L., *La teoría de la justicia de Immanuel Kant*, op. cit., p. 122.

universalidad alguna de ninguno de ellos, ninguno puede ser el fundamento de un imperativo necesariamente universal, válido para el sujeto que obra y para cualquier otro. Por ello «la afirmación del carácter general de la felicidad, como fin necesario de todo ser racional y finito pierde, a éstos efectos, toda credibilidad ante la multiplicidad de los objetos en que se concreta dicho fin»⁷⁴⁸.

Además, sería vacuo intentar proponer como deber lo que ya el hombre se propone como tal sin más. No sería necesario prescribir la persecución de una felicidad propia, por cuanto esto es algo que ya se hace sin obligación, sin pensarse o proponérselo, y que, por lo tanto, no necesita ser prescrito como deber. Sería ocioso, pues, considerar como «como un deber el perseguir la felicidad propia, pues ésta es algo hacia lo que todos tendemos espontánea e inevitablemente merced a un impulso natural»⁷⁴⁹. Como dice Kant en su *Metafísica de las Costumbres*:

«La *propia felicidad* es un fin que todos los hombres tienen (gracias al impulso de su naturaleza), pero este fin no puede considerarse como un deber, sin contradecirse a sí mismo. Lo que cada uno quiere ya de por sí de un modo inevitable no está contenido en el concepto de *deber*; porque éste implica una *coerción* hacia un fin aceptado a disgusto. Por tanto, es contradictorio decir que estamos *obligados* a promover nuestra felicidad con todas nuestras fuerzas»⁷⁵⁰.

Además, a juicio de Kant, la felicidad no sólo es algo indeterminado e imposible de fijar, sino que para colmo su consecución está en manos de algo tan impredecible como es el azar. Esto es, para ser feliz hay que tener suerte, o sea, verse favorecido casualmente por la fortuna⁷⁵¹. Y lo que está buscando Kant es hacer al hombre autónomo, tan autónomo que los principios por los que se guíe no acaben siendo determinados por una causa tan heterónoma como el azar. La felicidad no podría depender de algo ajeno al propio individuo. La felicidad que a Kant le interesa, como señala Rodríguez Aramayo, debe seguir «un principio autónomo cuya puesta en práctica no dependa sino de uno mismo»⁷⁵².

⁷⁴⁸ COLOMER J.L., *La teoría de la justicia de Immanuel Kant*, op. cit., p. 123.

⁷⁴⁹ RODRÍGUEZ ARAMAYO R., *Kant: entre la moral y la política*, op. cit., p. 51.

⁷⁵⁰ KANT I., *La Metafísica de las Costumbres*, op. cit., p. 237 [Ak. vi, 386].

⁷⁵¹ No sabemos determinar con exactitud aquello en lo que cada uno cifra la felicidad ni tampoco podemos llegar a conquistarla mediante nuestras propias fuerzas, ya que “dicha empresa requiere aliarse con el apadrinamiento del azar. La felicidad es, en una buena medida, un regalo de la suerte, un don concedido caprichosamente por la fortuna y no algo que dependa enteramente de nosotros mismos. por el contrario, el principal objetivo de la ética kantiana es procurar una fórmula que permita emanciparnos del contingente azar”. RODRÍGUEZ ARAMAYO R., *Kant: entre la moral y la política*, op. cit., p. 58.

⁷⁵² RODRÍGUEZ ARAMAYO R., “Autoestima, felicidad e imperativo elpidológico: razones y sinrazones del (anti)eudemonismo kantiano”, en *Diánoia*, volumen XLIII, 1997, p. 82.

En esa búsqueda encuentra Kant una felicidad que sí depende única y exclusivamente de nosotros: el *hallarse contento con uno mismo*. Hacia el final de la *Crítica de la razón práctica* Kant se pregunta lo siguiente: «¿acaso no se ha señalado una palabra que designe, no un disfrute como el de la felicidad, pero sí un encontrarse a gusto con su existencia, un análogo de la felicidad que ha de acompañar necesariamente a la conciencia de la virtud? ¡Claro que sí! -responde Kant- Esa palabra es *autosatisfacción*, esto es, el *hallarse contento con uno mismo*»⁷⁵³. A juicio de Esperanza Guisán, una filósofa tan crítica del concepto de felicidad kantiano, «este pasaje encierra el mensaje más sugerente de la ética kantiana»⁷⁵⁴.

La felicidad expresada en términos positivos -y que Kant critica- sería la de perseguir la felicidad sin más. Erigir la búsqueda de la felicidad en meta a priori de toda nuestra conducta. Pero hay una felicidad que se expresa de modo negativo, esto es, como un *no* tener remordimientos, que no necesita para nada del concurso de la suerte y no depende más que de nosotros mismos. Esta “felicidad negativa” que nos suministra el estado de satisfacción con uno mismo sólo consiste «en eludir los remordimientos de la conciencia que acarrearía toda conducta inmoral»⁷⁵⁵. En la *Doctrina de la virtud* Kant razona del siguiente modo:

«El hombre pensante, cuando ha vencido las incitaciones del vicio y es consciente de haber cumplido un deber a menudo penoso, se encuentra en un estado de tranquilidad de ánimo y de contento, al que muy bien se puede llamar felicidad, y en el cual la virtud es su propia recompensa. Ahora bien, el eudemonista dice que esa alegría, esa felicidad, es el auténtico principio motor por el que actúa virtuosamente. No es el concepto del deber quien determina *inmediatamente* su voluntad, sino que sólo es determinado a cumplir su deber *por medio* de la perspectiva de la felicidad. Ahora bien, está claro que, puesto que sólo puede esperar esta recompensa de la virtud de la conciencia del deber cumplido, esta última tiene que preceder; es decir, tiene que verse obligado a cumplir su deber antes de pensar -y sin pensar- en que la felicidad será la consecuencia de haber observado el deber. Por tanto, con su *etiología* cae en un *círculo*. Esto es, sólo puede esperar ser *feliz* (o interiormente dichoso) si es consciente de que ha observado su deber, pero sólo puede ser movido a observarlo si prevé que será feliz de este modo. Pero en estas sutilezas hay también una *contradicción*. Porque, por una parte, debe cumplir su deber sin preguntar primero qué efecto tendrá esto en su felicidad, por tanto, por un motivo *moral*; pero, por otra parte, sólo

⁷⁵³ KANT I., *Crítica de la razón práctica*, op. cit., p. 206 [Ak. v, 117].

⁷⁵⁴ GUISÁN E., “Necesidad de una crítica de la razón pura práctica”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 1988, p. 285. Este mismo artículo también apareció en *Kant después de Kant. En el bicentenario de la Crítica de la razón práctica*, J. Muguerza y Roberto R. Aramayo (eds.), Tecnos, Madrid, 1989, pp. 444-461.

⁷⁵⁵ RODRÍGUEZ ARAMAYO R., *Kant: entre la moral y la política*, op. cit., p. 60.

puede reconocer algo como deber si puede contar con la felicidad que le reportara, por tanto, atendiendo a un principio *patológico*, que es justamente el contrario del anterior (...).

El placer *que* ha de preceder al cumplimiento de la ley para que obremos de acuerdo con ella, es patológico, y el comportamiento sigue entonces el *orden natural*; pero aquél *al que* ha de preceder la ley para que lo experimentemos, está en el *orden moral*. Cuando esta diferencia no se respeta, cuando se erige como principio la *eudemonía* (el principio de la felicidad) en lugar de la *eleuteronomía* (el principio de la libertad de la legislación interior), entonces la consecuencia es la *eutanasia* (la muerte dulce) de toda moral»⁷⁵⁶.

En efecto, Kant dedicó notables esfuerzos en descifrar estos conceptos de autoestima o autosatisfacción, tal como lo testimonian las *Reflexiones* pertenecientes a la llamada “década del silencio”, que abarca desde 1771 a 1780, periodo en el que Kant no entrega ningún texto a la imprenta, pero no deja de anotar sus pensamientos. En estos fragmentos Kant explora las posibilidades de que la *autoestima* o el *hallarse contento con uno mismo* puedan servir como criterio de la moralidad, toda vez que, cuando menos, logran espantar la angustia causada por la persecución incesante de la felicidad (como pretendería la eudemonía) y nos aportan en cambio un gran *sosiego*. Entresaco las siguientes citas de sus Reflexiones:

«El modo más eficaz de estimular a los hombres hacia lo moralmente bueno es mostrar que uno solo puede *estimarse a sí mismo* en cuanto se conforme con la virtud e igualmente que, aunque no se le persiga de modo consciente, el mayor *sosiego* acompaña a la ejecución del bien»⁷⁵⁷.

Desde la Reflexión anterior ya quedan emparejados autoestima y sosiego. Y continúa:

«La doctrina de la virtud -leemos en la Refl. 6621-, antes que limitar los placeres de la sensibilidad, muestra más bien los distintos modos entre los cuales cabe elegir aquellos que mejor se compadezcan con la regla de un asentimiento universal. Abandonar esta pauta en aras del máximo provecho según el caso provoca *un gran desasosiego dentro de nuestro ánimo*; nuestro entendimiento proyecta reglas universales conforme a las cuales organizar nuestros afanes de felicidad, armonizándolos entre sí, a fin de que nuestros ciegos impulsos no nos tengan de aquí para allá en pos de una presunta dicha»⁷⁵⁸.

«Si las buenas acciones no reportaran jamás ventaja alguna y la dicha fuera únicamente un premio a la astucia o una especie de lotería en la ruleta del azar, cualquier hombre sensato seguiría la regla

⁷⁵⁶ KANT I., *La Metafísica de las Costumbres*, op. cit., pp. 226-227 [Ak. vi, 377-378].

⁷⁵⁷ KANT I., *Reflexiones sobre Filosofía Moral*, Refl. 6619 [Ak. xix, 112-113], en *Kant. Antología*, op. cit., p. 54.

⁷⁵⁸ KANT I., *Reflexiones sobre Filosofía Moral*, Refl. 6621 [Ak. xix, 114-115], en *Kant. Antología*, op. cit., p. 55.

moral con base en el sentimiento. Si pudiera obtenerse de modo inmediato la felicidad por este medio, la belleza moral quedaría enteramente devorada por el egoísmo y nunca podría obtenerse la *estima del mérito*. Con todo, la virtud no conlleva un provecho seguro: sus motivaciones han de asociarse con el beneficio que logra»⁷⁵⁹.

El *autodominio* es presentado como una *condición formal y sine qua non* de la felicidad. Solo quien se *halle satisfecho consigo mismo* por haberse liberado del apremio de las inclinaciones puede ser susceptible de ser feliz:

«Solo es susceptible de ser feliz quien se resiste a utilizar su libre arbitrio conforme a los datos relativos a la felicidad que le proporciona la Naturaleza. Esta propiedad del libre arbitrio es la *conditio sine qua non* de la felicidad. La felicidad no consiste propiamente en la mayor suma de placeres, sino en el *gozo proveniente de la conciencia de hallarse uno satisfecho con su autodominio*; cuando menos ésta es esencialmente *la condición formal de la felicidad*, aunque también sean necesarias (como en la experiencia) otras condiciones materiales»⁷⁶⁰.

A renglón seguido, Kant argumenta que dichas condiciones materiales escapan a nuestro control, al depender de la fortuna, invitándonos a reparar en aquello que sí somos capaces de producir autónomamente y que termina denominando como *autosatisfacción*:

«En el plano de los sentidos no cabe hallar una satisfacción completa, al no dejarse determinar con certeza y universalidad lo que resulta adecuado a sus necesidades; tales necesidades aumentan constantemente el nivel de sus exigencias, que permanecen eternamente insatisfechas, sin poder precisarse lo que les bastaría. La posesión de este placer resulta todavía menos cierta a causa de los vaivenes de la fortuna y de la contingencia propia de las circunstancias propicias. Sin embargo, el talante instruido por la razón para servirse apropiada y unánimemente de todos los materiales tendentes al bienestar se muestra certero a *priori*. Ahora bien, aunque sea cierto que la virtud cuenta con el privilegio de conseguir el mayor bienestar a partir de cuanto le brinda la Naturaleza, no estriba en este oficiar como medio su máximo valor, el cual queda cifrado en llevar aparejada una *autosatisfacción* que nosotros mismos podemos promover independientemente de las condiciones empíricas»⁷⁶¹.

Como vemos, esta Reflexión está consagrada por entero al examen de la noción de *autosatisfacción* o *contento con uno mismo*. Kant señala como requisito inexcusable o, es mas, como *conditio sine qua non* de cualquier clase de felicidad, que uno se vea satisfecho consigo mismo, algo que define como el apercebimiento de un sosiego, un

⁷⁵⁹ KANT I., *Reflexiones sobre Filosofía Moral*, Refl. 6629 [Ak. xix, 117-118], en *Kant. Antología*, op. cit., p. 57.

⁷⁶⁰ KANT I., *Reflexiones sobre Filosofía Moral*, Refl. 7202 [Ak. xix, 276-277], en *Kant. Antología*, op. cit., p. 83.

⁷⁶¹ KANT I., *Reflexiones sobre Filosofía Moral*, Refl. 7202 [Ak. xix, 277-278], en *Kant. Antología*, op. cit., p. 83.

estado de paz interior, cuyo logro no depende para nada del azar. Quedan así contrarrestados los seductores cánticos de sirena entonados por la felicidad, toda vez que el individuo queda convencido de que alcanzará su sosiego quedando atado al mástil del deber⁷⁶².

Sin esta condición formal, prosigue Kant su razonamiento, el ser humano experimenta un *autodesprecio* que le arrebató lo más esencial, a saber, la estima que uno debe profesarse a sí mismo para sentirse una persona y no una mera cosa:

«El hombre encuentra en su conciencia la causa de hallarse satisfecho consigo mismo. Posee la predisposición para todo tipo de felicidad y de hacerse feliz aun careciendo de las comodidades de la vida. En este nivel no existe nada real, en el sentido de que no se da ningún placer como material de la felicidad, pero, no obstante, constituye la condición formal de la unidad, que es esencial a cada cual y sin la que el desprecio de uno mismo nos arrebató lo más esencial del valor de la vida, es decir, la estima de la persona»⁷⁶³.

Este sentimiento de reprobación interna es el que, al fin y a la postre, generaría la propia estima en que Kant cifra el valor de toda persona y que puede ser definida negativamente como el sosiego de hallarse satisfecho consigo mismo por no autodespreciarse. El cumplimiento del deber nos reportaba esta “felicidad negativa”, un no-remordimiento que no es la felicidad en sí misma pero que al menos no depende del azar y está bajo nuestro control, a nuestro alcance, en la que queda apaciguada la turbación de nuestra conciencia⁷⁶⁴.

Si no podemos perseguir directamente la felicidad, a lo sumo tendremos que forjar una buena voluntad que nos haga dignos de ella. Pero en ese camino de un obrar moral (no de un obrar que lleve a la felicidad, sino de un obrar bueno) ya habremos ganado algo parecido a la felicidad anhelada, esto es, el tipo de felicidad *de la que nos hemos hecho dignos* al obrar moralmente. Pero, además, al apostar por ese tipo de felicidad también obtenemos el logro inmediato de *sentirnos satisfechos con nosotros mismos*. Por añadidura, *esta estima de sí o autosatisfacción* conlleva, por tanto, otra cosa muy deseable: se ahuyenta la *indignidad*, es decir, no padeceremos el tormento del menosprecio a que podrían someternos los remordimientos de nuestra escrupulosa conciencia.

⁷⁶² RODRÍGUEZ ARAMAYO R., *Kant: entre la moral y la política*, op. cit., p. 62.

⁷⁶³ KANT I., *Reflexiones sobre Filosofía Moral*, Refl. 7202 [Ak. xix, 278-279], en *Kant. Antología*, op. cit., p. 84.

⁷⁶⁴ RODRÍGUEZ ARAMAYO R., *Kant: entre la moral y la política*, op. cit., p. 68.

El antieudemonismo kantiano no supondría un radical rechazo de todo tipo de felicidad. Sino sólo de aquella felicidad que se erige en meta absoluta de nuestra existencia. Kant habría encontrado una posible búsqueda de la felicidad pero, eso sí, teniendo que renegar a su persecución de forma directa dada nuestra imposibilidad para determinar todas las variables empíricas para alcanzarla. Pero a cambio habremos conseguido la dicha segura de hallarnos contentos con nosotros mismos. Uno se halla satisfecho consigo mismo cuando logra someter su voluntad a un obrar racional, esto es, cuando encarnamos una buena voluntad que se deja llevar por el cumplimiento del deber y nos aparta de la indignidad. Sólo el cumplimiento del deber evitará que caigamos en los remordimientos de nuestra conciencia. Sólo así lograremos un sosiego cuya consecución está -ya sí- por entero bajo nuestro control, puesto que no depende para nada del azar y la fortuna. Y, sorprendentemente, cómo veremos en el capítulo dedicado a Mill, «el sentimiento de *satisfacción con uno mismo* será el correlato de lo que en Mill entendemos como *felicidad moral*»⁷⁶⁵.

Comprobamos cómo la *dignidad* que estudiamos en el capítulo anterior se complementa con el concepto de *autoestima*, el cual está basado a su vez en ese *contento con uno mismo* que evita el *desasosiego* producido por los reproches de una conciencia cuya misión es activar el *desprecio* que uno siente por sí mismo cuando atenta contra su deber.

6. LA CRÍTICA A LA IDEA DE AUTORRESPETO DE RAWLS.

Una vez examinadas las ideas de Hume y de Kant sobre el autorrespeto, y teniendo en cuenta las clasificaciones realizadas en apartados anteriores sobre dicho concepto, estamos en condiciones de realizar alguna precisión adicional sobre la noción de autorrespeto de Rawls. Deseo complementar su tratamiento con algunas ideas expresadas por autores ya vistos, en especial por Avishai Margalit.

Si se toma como referencia la clasificación de Elizabeth Telfer cuando distinguía entre el autorrespeto estimativo y el conativo, parece que la aproximación que Rawls realizó está más cerca del primer tipo que del segundo. Como habíamos visto, para Rawls,

⁷⁶⁵ GUISÁN E., *Necesidad de una crítica de la razón pura práctica*, op. cit., p. 285.

incidían dos elementos en el autorrespeto: por un lado, el sentimiento de una persona de su propio valor y, por otro, la confianza en nuestra capacidad⁷⁶⁶.

El autorrespeto rawlsiano parece descansar en una concepción según la cual los individuos se autorrespetan más o menos en función de nuestro propio sentimiento de autoestima y de la confianza en nuestra propia valía, de manera que «el concepto de autoestima está en la base de la caracterización rawlsiana»⁷⁶⁷. El sentido que cada uno tenga de su propio valor puede aumentar y así ganamos autorrespeto; al igual que una baja confianza por un plan de vida que no merezca la pena llevarse a cabo nos hará caer en la vergüenza. En Rawls, al estar los planes de vida más o menos cualificados por la destreza alcanzada en ellos, no parece que la actitud reverencial se deba al sujeto valioso en sí mismo, sino que se alcanzarán mayores cotas de autorrespeto por el grado de sofisticación y florecimiento que alcance dicho proyecto vital. De tal modo, que vincular de un modo tan intenso el autorrespeto con la autoestima, esto es, la valoración de uno mismo con la opinión favorable que nos reporten los demás, puede hacer que la caracterización de Rawls eleve las opiniones de los otros en demasía y hacernos sentir vergüenza en ocasiones en las que no deberíamos padecer tal emoción:

«Para decirlo en términos generales, la caracterización rawlsiana no reconoce aspectos de nuestra identidad que contribuyen a nuestro sentido de valía independientemente de los objetivos e ideales en torno a los cuales organizamos nuestras vidas y que son avalados por otros»⁷⁶⁸.

En la clasificación que nos ofrecía Catriona McKinnon entre el autorrespeto entendido como consistencia o entendido como no servidumbre, parece que la idea de Rawls encaja mejor en el primer tipo, siendo «la concepción de Rawls del autorrespeto una elaboración del componente de la congruencia»⁷⁶⁹.

McKinnon centra su crítica en torno a Rawls tanto en los problemas que plantea el principio aristotélico como en la satisfacción de éste en comunidades de intereses compartidos. McKinnon primero reconoce que «al conectar Rawls el autorrespeto con el desarrollo de talentos refinados e intrincados y su logro en comunidades de intereses compartidos hace que el autorrespeto sea una prerrogativa no sólo de las personas que han obtenido éxito en el mundo del arte, las ciencias o la economía. Las condiciones del

⁷⁶⁶ RAWLS J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 398.

⁷⁶⁷ DEIGH J., “Shame and Self-Esteem: A Critique”, en *Ethics*, vol. 93, núm. 2, enero 1983, p. 226.

⁷⁶⁸ DEIGH J., *Shame and Self-Esteem: A Critique*, op. cit. p. 240.

⁷⁶⁹ MCKINNON C., *Liberalism and the Defence of Political Constructivism*, op. cit., p. 72.

autorrespeto pueden ser generadas entonces por cualesquiera comunidades de intereses compartidos». Pero el problema de ello es que al final «lo que cuenta como una excelencia adecuada para obtener el encanto de los demás dependerá de a quién le preguntes»⁷⁷⁰.

Que la noción de autorrespeto esté basada en la congruencia y que el éxito de un plan de vida subjetivamente racional esté regido por el principio aristotélico no le permiten a Rawls, a juicio de McKinnon, «distinguir entre las esposas Stepford y Harriet Taylor. Las actividades de limpieza del hogar y atención al marido de las esposas pueden desarrollarse y perfeccionarse de acuerdo con el principio aristotélico tanto como las actividades feministas de Harriet Taylor»⁷⁷¹.

Se pregunta también Avishai Margalit «¿por qué el respeto hacia uno mismo es el bien primario básico?»⁷⁷². La respuesta del profesor israelí pasa por considerar que sin el autorrespeto no tiene sentido hacer absolutamente nada. Si no se tiene respeto hacia uno mismo, no se tiene noción del valor ni se siente que la vida tiene sentido. Por ello es lógico que cuando las personas racionales quieren establecer una sociedad justa harán todo lo posible para no crear instituciones humillantes, puesto que ello iría en detrimento del autorrespeto, el más básico de los bienes primarios.

Está claro que “el espíritu” -como diferencia Margalit de “la letra”- de una sociedad justa rawlsiana no puede tolerar la humillación sistemática por parte de sus instituciones. Y ello es especialmente cierto cuando el bien a distribuir es el autorrespeto, que ya Rawls se ha encargado de definirlo como el bien primario más importante. Si humillar significa lesionar el autorrespeto de las personas, entonces está claro que una de las condiciones necesarias de la sociedad justa es que ésta deber ser una sociedad que no humille a sus miembros. Pero si esto es así en el espíritu, no parece tan claro en la práctica.

Margalit piensa que existe un problema importante que impide que la sociedad justa sea, a su vez, una sociedad decente; esto es, que no humille a sus miembros. Si en el espíritu la sociedad justa no humilla, no parece que en la práctica lo pueda lograr. Y su principal crítica tiene que ver con la «posibilidad de humillación institucional en una sociedad que es justa para sus miembros, pero no para los demás»⁷⁷³. Ello tiene que ver

⁷⁷⁰ MCKINNON C., *Liberalism and the Defence of Political Constructivism*, op. cit., p. 75.

⁷⁷¹ MCKINNON C., *Liberalism and the Defence of Political Constructivism*, op. cit., p. 76.

⁷⁷² MARGALIT A., *La sociedad decente*, op. cit., p. 210.

⁷⁷³ MARGALIT A., *La sociedad decente*, op. cit., p. 210-211. El ejemplo al que recurrirá Margalit es el de la sociedad del kibbutz en Israel que “intentó construir una sociedad justa para sus miembros, pero que siempre ha sido insensible a los que no pertenecían a ella”, p. 211.

con el problema con el que iniciábamos este capítulo (inmigrantes y refugiados) y una de las premisas con las que Rawls consagraba la garantía del autorrespeto: su posibilidad de compartir intereses en comunidad:

«Lo necesario es que haya para cada persona una comunidad, por lo menos, de intereses compartidos, a la cual pertenezca y en la que encuentre sus esfuerzos confirmados por sus compañeros. Y, en general, esta comunidad es suficiente siempre que en la vida pública los ciudadanos respeten entre sí sus correspondientes objetivos y ejerzan sus derechos políticos de modo que también apoyen su autoestimación»⁷⁷⁴.

El ejemplo actual de los inmigrantes y refugiados nos muestra que aunque los miembros de una sociedad (como la española) se sientan comprometidos con la justicia ello no asegura una sociedad decente en los términos de Margalit, esto es, sería una sociedad comprometida con la justicia pero cuyas instituciones humillan a otros (aunque estos otros no sean miembros de la misma de pleno derecho). Muchas de las personas que pueden relacionarse con una sociedad como la española sin pertenecer a la misma se pueden sentir, justificadamente, humilladas por ella. Por tanto, «para valorar si una sociedad rawlsiana también es decente, es necesario juzgar el trato que dispensa a las personas que dependen de sus instituciones aunque no pertenezcan a ella, como los trabajadores extranjeros, que hacen el trabajo sucio en los países desarrollados sin que se les considere ciudadanos de los mismos»⁷⁷⁵.

Para poder valorar si una sociedad justa al estilo rawlsiano puede ser, a su vez, decente propone Margalit aclarar cuáles son los criterios de pertenencia a una sociedad con los que debemos trabajar. Especialmente, se trata de determinar el estatus de las personas que no pertenecen a una sociedad justa. Y aquí es donde Margalit encuentra fricciones con la hipótesis de Rawls acerca de la confirmación del autorrespeto en comunidades de intereses compartidos: «una sociedad justa debería ser, en espíritu, una sociedad decente, tanto para sus miembros como para quienes no pertenecen a ella, pero no estoy seguro de hasta qué punto la letra refleja este espíritu»⁷⁷⁶.

Margalit pasa revista a las distintas actitudes excluyentes que se pueden producir en el seno de nuestras sociedades, así como a las experiencias de humillación que se pueden producir por la no aceptación en los grupos sociales de la comunidad. En su libro

⁷⁷⁴ RAWLS J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 400.

⁷⁷⁵ MARGALIT A., *La sociedad decente*, op. cit., p. 211.

⁷⁷⁶ MARGALIT A., *La sociedad decente*, op. cit., p. 212.

La sociedad decente se centra en la humillación infligida a los distintos grupos de una sociedad por parte de las instituciones. Aunque -como reconoce Margalit- puedan producirse también situaciones de humillación dentro de los propios grupos; lo cual no significaría que la sociedad dejara de ser decente:

«Se podría aducir que la pertenencia a un grupo incluyente dentro de una sociedad es, pura y simplemente, unirse voluntariamente a un grupo. Cualquier individuo puede verse en la necesidad de decidir si quiere pertenecer a un grupo que, probablemente, si se desvía de sus normas, le castigará de una forma humillante, como la de deshacerse de él. Por tanto, no es necesario poner ningún tipo de restricción a estos grupos incluyentes voluntarios para considerar que la sociedad es decente, como tampoco es necesario prohibir el tratamiento humillante, aunque sea de la peor especie, entre un sádico y un masoquista, puesto que los implicados son individuos adultos y consienten en él.

Cometeríamos un grave error si describiéramos la pertenencia de un individuo a un grupo incluyente importante en su vida, como si describiésemos una religión o una nacionalidad; como si se tratase de una conexión contractual acordada entre adultos. La razón por la cual los grupos incluyentes tienen tanto poder en la vida de los individuos es, precisamente, que no se trata de empresas en una economía de mercado hacia la cual uno puede tener una actitud de *lo tomas o lo dejas*. Esa importante realidad puede llevar al grupo incluyente a tiranizar a sus miembros, que tanto dependen de él»⁷⁷⁷.

Lo que intenta destacar Margalit es que no solamente las instituciones de una sociedad deben no ser humillantes, también deben no serlo las propias jerarquías de los grupos en los que la sociedad se organiza:

«De una sociedad decente no sólo se juzga si sus instituciones tratan o no a los grupos incluyentes de manera humillante, sino también cómo las instituciones de los grupos incluyentes tratan a sus miembros. Lo que se discute aquí es nada menos que la legitimidad de los grupos incluyentes que, en parte, depende de que estos grupos traten a sus miembros de manera no humillante»⁷⁷⁸.

A juicio de Margalit, Rawls parece descuidar estas categorías. Rawls no habría prestado la suficiente atención a las dificultades que puede tener un individuo que no pertenece a la comunidad para obtener la inclusión en un grupo que ratifique su autorrespeto. Margalit opina que Rawls desatiende los altos costes de *entrada/salida* de los grupos de una sociedad para los que no pertenecen a ella, así como el precio de tener voz en esos grupos, tan alto e inaccesible para los excluidos. A su parecer, los grupos de

⁷⁷⁷ MARGALIT A., *La sociedad decente*, op. cit., pp. 213 y 214.

⁷⁷⁸ MARGALIT A., *La sociedad decente*, op. cit., p. 214.

una sociedad «son opresivos cuando ambos precios son altos. Éste es el caso cuando el precio de la *voz* o de la *salida* es la humillación»⁷⁷⁹.

Margalit expone sus «reparos a la idea de que una sociedad justa (rawlsiana) sea también, necesariamente, una sociedad decente». Su principal objeción «atañe al tema de la pertenencia a una sociedad justa». No niega que «la sociedad justa, según la define Rawls, sea decididamente, en espíritu, una sociedad decente. Lo que nos queda por despejar es si, según la letra (es decir, según lo realmente escrito por Rawls), la sociedad justa rawlsiana es también, necesariamente, una sociedad decente»⁷⁸⁰. Y esa duda Margalit ya la ve más difícil de despejar.

Estas réplicas en torno a Rawls conducen a una cierta confusión en torno a su noción de autorrespeto y, al final, sobre el tipo de agente moral sobre el que edifica su teoría. Por eso es necesario que hagamos una breve referencia a la traducción y plasmación que hace Rawls de los postulados kantianos. Ya que él mismo reconoció que uno de los pilares fundamentales en la construcción de su teoría de la justicia reposa en las ideas kantianas de autonomía y del imperativo categórico.

Una persona actúa autónomamente, nos decía Kant, cuando los principios de su acción son elegidos por ella misma como la expresión más adecuada de su naturaleza como ser libre y racional. Los principios por los que actúa no se adoptan por su posición social o por alguna otra causa heterónoma. Por ello, para Rawls, «el velo de la ignorancia priva a las personas en la posición original del conocimiento que les capacitaría elegir principios heterónomos. Los grupos llegarán a su elección conjunta como personas libres y racionales, sabiendo únicamente que se dan aquellas circunstancias que hacen surgir la necesidad de los principios de justicia»⁷⁸¹.

Además, «los principios de justicia son también imperativos categóricos en sentido kantiano»⁷⁸². Que sean imperativos categóricos para Rawls, hace que sus bienes primarios cumplan tal misión en la posición original. Éstas son cosas que es razonable querer, con independencia de cualquier otra cosa que se quiera querer. Así, dada la naturaleza humana, querer estas cosas es una parte de su racionalidad y se quieren con independencia de la concepción del bien que se pueda tener. La preferencia por estos

⁷⁷⁹ MARGALIT A., *La sociedad decente*, op. cit., p. 214.

⁷⁸⁰ MARGALIT A., *La sociedad decente*, op. cit., p. 216.

⁷⁸¹ RAWLS J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 237.

⁷⁸² RAWLS J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 237.

bienes primarios se deriva, entonces, por las suposiciones más generales en las que pueden converger todo individuo. Es decir, son las suposiciones más generales posibles acerca de la racionalidad de las condiciones de vida humana. De ahí que diga Rawls: «Actuar a partir de los principios de la justicia es actuar a partir de imperativos categóricos en el sentido de que se aplican a nosotros cualesquiera sean nuestros propósitos en particular»⁷⁸³.

En efecto, que los principios de justicia rawlsianos de la posición original mantienen un indudable parecido con el reino de los fines kantiano es algo que subrayó el propio Rawls:

«La posición original puede ser considerada como una interpretación procesal de la concepción kantiana de autonomía y del imperativo categórico, dentro del sistema de una teoría empírica. Los principios reguladores del reino de los fines son aquellos que serían elegidos en esta posición, y la descripción de esta situación nos capacita para explicar el sentido según el cual, actuando a partir de estos principios, expresamos nuestra naturaleza de seres libres y racionales»⁷⁸⁴.

Tratar a los individuos como fines en sí mismos y no como medios es el contenido, ya visto, de la idea kantiana de dignidad. Y Rawls parece adoptar dicha idea, pues en definitiva «los principios de la justicia reflejan en la estructura básica de la sociedad el deseo que tienen los hombres de no tratarse como medios sino únicamente como fines en sí mismos»⁷⁸⁵.

Sin embargo, en su apuesta por un autorrespeto definido por los planes de vida sofisticados caracterizados por el principio aristotélico no parece que el objeto valioso sea el individuo en sí, es decir, como autorrespeto entendido en la versión kantiana como aquello estimado por poseer cualidades inherentes importantes. Sino más bien al estilo de Hume, en el sentido de que es aquello que posee una calidad notable lo que merece una cierta consideración. Quizá esta dualidad de pensamiento (agente moral kantiano y autorrespeto de base humeana) habría que buscarla en la pluralidad de influencias que atraviesan la rica Teoría de la justicia de Rawls. Por un lado, Rawls parece asumir como vemos una concepción de la autonomía deudora de la tradición kantiana y, por otra parte, apuesta por una configuración del autorrespeto mucho más cercana a los postulados de Hume en torno al orgullo. Sin olvidar que lo que menoscaba las bases del autorrespeto,

⁷⁸³ RAWLS J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 238.

⁷⁸⁴ RAWLS J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 241.

⁷⁸⁵ RAWLS J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 173.

la vergüenza y la humillación, son los atentados a nuestra propia dignidad como seres libres y racionales. Y en este punto Rawls no es en absoluto humeano. Al contrario, su tratamiento de la vergüenza bebe de la autoestima kantiana, como aquello que nos hace estar satisfechos con nosotros mismos y que evita el sentimiento de culpabilidad. Pues uno no se puede sentir culpable ni con remordimientos -sí en cambio avergonzado- cuando ha actuado como debía, esto es, moralmente:

«Kant dice que no actuar con arreglo a la ley moral da lugar a la vergüenza y no a un sentimiento de culpabilidad. Y esto es adecuado, ya que, para él, actuar injustamente es actuar de una manera que no expresa nuestra naturaleza como seres libres y racionales. Por tanto, tales acciones atentan contra nuestra propia estimación, nuestro sentido del propio valor, de la propia vanidad, y la experiencia de esta pérdida es la vergüenza. Hemos actuado como si perteneciéramos a un orden inferior, como si fuésemos una criatura cuyos primeros principios son decididos por las contingencias naturales. Aquellos que consideran la doctrina moral de Kant como una doctrina de ley y culpa lo interpretan mal. El objetivo de Kant es profundizar y justificar la idea de Rousseau de que la libertad consiste en actuar de acuerdo con una ley que nos damos a nosotros mismos. Y esto no nos lleva a la moral de una orden austera, sino a una ética de mutuo respeto y autoestimación»⁷⁸⁶.

7. RONALD DWORKIN: AUTORRESPECTO Y LA RESPONSABILIDAD DE VIVIR BIEN.

Ronald Dworkin, para explicar el complejo concepto de autorrespeto, parte de una distinción que puede allanar el camino. Deberíamos distinguir entre vivir bien y tener una buena vida. Son dos logros diferentes aunque, de alguna manera, están conectados: «Vivir bien significa bregar por crear una vida buena, pero sujeta a ciertas restricciones esenciales para la dignidad humana»⁷⁸⁷. Una persona vive bien cuando procura una vida buena para sí misma y lo hace con dignidad, esto es, «con respeto por la importancia de la vida de otras personas y por la responsabilidad ética de éstas, así como por la suya propia»⁷⁸⁸. Tanto el concepto de vivir bien como el de tener una vida buena son conceptos interpretativos difíciles de definir. Pero aun así merece la pena que nos detengamos en ellos para ver como sustentan ambos la idea de autorrespeto.

⁷⁸⁶ RAWLS J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 240.

⁷⁸⁷ DWORKIN R., *Justicia para erizos*, op. cit., p. 244.

⁷⁸⁸ DWORKIN R., *Justicia para erizos*, op. cit., p. 508.

Un concepto necesita del otro. No podemos determinar la importancia de una vida buena sino es explicando cómo esa vida buena contribuye al vivir bien. Tenemos la intuición de que todos aspiramos a tener una vida buena en sentido elevado: una vida que, cuando nuestras necesidades han sido saciadas, e incluso a pesar de que algunas no lo hayan sido, podamos sentirnos orgullosos de haberla vivido. Para Dworkin, «sólo podemos reconocer esta ambición cuando reconocemos que tenemos responsabilidad de vivir bien y creemos que vivir bien significa crear una vida que no sea simplemente placentera sino buena»⁷⁸⁹.

Ya ahí aparece el término *responsabilidad*. Pero, ¿responsabilidad para con quién? La respuesta más inmediata sería situar esta responsabilidad para con nosotros mismos. Así, «cada uno de nosotros tiene la responsabilidad ética soberana de hacer algo de valor de su propia vida»⁷⁹⁰. Uno no podría liberarse de la responsabilidad de vivir bien. Y podríamos seguir preguntando ¿y ello por qué? Porque es *importante* sin más, diría Dworkin:

«Estamos encargados de vivir bien por el mero hecho de ser criaturas autoconscientes con una vida que vivir. Llevamos esa carga como llevamos la carga impuesta por el valor de cualquier cosa confiada a nuestro cuidado. Es *importante* que vivamos bien; no importante sólo para nosotros o para cualquier otra persona, sino importante sin más»⁷⁹¹.

Asumir la responsabilidad de vivir bien explica la importancia que todos le damos al valor de tener una vida buena. Podemos asumir «la construcción de nuestras vidas como un reto, que podemos enfrentar bien o mal»⁷⁹². Pero determinar si nuestras vidas han estado bien o mal enfrentadas también es algo controvertido. A primera vista parecería que quien lleva una vida aburrida y monótona, con actividades tediosas, sin amigos íntimos, sin desafíos ni logros, no tiene una vida buena, aun cuando él creyera que la tiene y que la ha exprimido con intensidad. Podríamos suponer que esta persona ha fracasado en algo: en su responsabilidad de vivir bien.

Se esfuerza Dworkin por explicar el valor que tiene el vivir bien. Y para ello se sirve de la recurrente analogía entre el arte y la vida. Deberíamos vivir nuestra vida como si de una obra de arte se tratase, como si las cualidades que valoramos en una pintura -un juego cromático equilibrado, una sensibilidad que deja perplejo al espectador, la sutileza

⁷⁸⁹ DWORKIN R., *Justicia para erizos*, op. cit., p. 244.

⁷⁹⁰ DWORKIN R., *Justicia para erizos*, op. cit., p. 29.

⁷⁹¹ DWORKIN R., *Justicia para erizos*, op. cit., p. 245.

⁷⁹² DWORKIN R., *Justicia para erizos*, op. cit., p. 29.

al dibujar rostros o paisajes- fueran los valores que debemos encarnar en nuestra vida: los valores del artista. Lo que le interesa a Dworkin es mostrar que lo que valoramos del proceso artístico es, precisamente eso, el *proceso* de su ejecución, la dificultad para haber llevado a cabo semejante obra de arte; y no el lienzo como producto terminado. Del mismo modo «valoramos la vida humana bien vivida no por el relato terminado, como si la ficción sirviera igualmente, sino porque también ella encarna una ejecución: un estar a la altura del desafío de tener una vida que vivir»⁷⁹³.

Dworkin prefiere valorar una vida por su ejecución antes que ensalzar su valor como producto. El valor como producto de algo es el valor que tiene ese algo como mero objeto, con independencia del proceso por medio del cual se creó o se llegó a él. Una pintura auténtica de Velázquez del Museo del Prado podría tener entonces el mismo valor que una réplica bien conseguida. Si lo que se estima es el cuadro como producto, lo importante serán unas Meninas perfectamente acabadas, con independencia que la brocha que las pintara fuera la del propio Velázquez o la de un montaje por ordenador.

Si queremos comprender que una vida tiene valor entonces tenemos que aceptar que cada vida tiene un significado. Al igual que en la analogía del arte, nos parece lógico decir que el artista da significado a sus materias primas cuando ellas se traducen en una bella obra de arte; o cuando el pianista transforma sus notas musicales, el solfeo de su partitura, en una pieza lírica. Podemos pensar que vivir bien es dar significado a una vida. Una persona debe tomar en serio -usando la terminología dworkiniana- su propia vida y también «debe tomar en serio su responsabilidad ética: tiene que insistir en el derecho -y ejercerlo- a tomar finalmente decisiones éticas por sí misma»⁷⁹⁴.

Al dar significado a nuestra vida quizás incurramos en errores de apreciación. Dworkin no descarta esta posibilidad. De hecho muchas veces calculamos mal los talentos que necesitamos para alcanzar nuestros objetivos. Valoramos o sobrevaloramos nuestras dotes para plantearnos proyectos difíciles o casi imposibles. Buscar una vida buena no minimiza las posibilidades de caer en una vida mala. Lo meritorio habrá sido haber apostado por el reto de haber tenido una vida buena, aunque los resultados no hayan sido los esperados:

⁷⁹³ DWORKIN R., *Justicia para erizos*, op. cit., p. 246.

⁷⁹⁴ DWORKIN R., *Justicia para erizos*, op. cit., p. 30.

«Si sabemos que una persona hoy pobre cortejó la pobreza al elegir una carrera ambiciosa pero llena de riesgos, bien podemos pensar que tenía razón al correrlos. Podría haber hecho algo mejor del vivir de haberse esforzado por alcanzar un éxito improbable pero magnífico»⁷⁹⁵.

Podemos pensar que la vida de una persona es más valiosa, aun cuando pueda incurrir en enormes costes y riesgos, si encara con firmeza el intento de alcanzar lo que se propone frente a la vida de aquel otro individuo que ni siquiera se planteó el intento. Porque el empeño en conseguir el logro, aunque éste no se alcance, hace que una vida sea ya buena. Podríamos pensar que quizás la vida hubiera sido mejor de no haber empeñado todos sus esfuerzos en ese propósito no alcanzado. Pero, en resumidas cuentas, este individuo *vivió bien* al intentarlo. De esta manera, intentos arriesgados pero espectaculares hacen que «nos veamos en la necesidad de pensar que el vivir bien implica a veces elegir lo que probablemente será una vida peor»⁷⁹⁶. Debemos reconocer que esto puede ocurrir, pues mientras intentamos vivir bien no estamos maximizando la posibilidad de tener la mejor vida posible; o, lo que es lo mismo, vivir bien no significa que no podamos caer en una vida desafortunada.

Ahora bien, una vida mala no siempre significa no haber vivido bien. Esta es una importante consecuencia de la distinción de Dworkin entre vivir bien y tener una vida buena. Una persona puede haber tenido una vida mala a pesar de haber vivido bien por haberse empeñado en un meritorio esfuerzo malogrado. En una mala vida no sólo inciden decisiones personales, también influyen de manera crucial otras circunstancias y la suerte que nos acompañe. Podemos vivir bien sin tener una vida buena: tal vez padezcamos la mala suerte, una gran pobreza, una terrible injusticia, una grave enfermedad o una muerte prematura. De ahí que podamos decir que, aunque una persona no haya conocido una gran riqueza puede, no obstante, haber vivido bien. Aun así, «cada uno de nosotros debe hacer lo que pueda para lograr que su propia vida sea tan buena como podría haber sido. Uno vive mal si no trata con el empeño suficiente de hacer de su vida una vida buena»⁷⁹⁷.

Veámoslo ahora de manera inversa: un individuo puede tener una vida buena y no haber vivido bien. Dworkin propone el ejemplo de un príncipe Médici que vivió una vida fastuosa, refinada y con grandes logros. Luego nos enteramos de algo más:

⁷⁹⁵ DWORKIN R., *Justicia para erizos*, op. cit., p. 248.

⁷⁹⁶ DWORKIN R., *Justicia para erizos*, op. cit., p. 249.

⁷⁹⁷ DWORKIN R., *Justicia para erizos*, op. cit., p. 508.

«Esta vida fue posible gracias a una carrera de asesinatos y traiciones en muy vasta escala. Si pretendiéramos insistir en que vivir bien sólo consiste en tener una vida buena, tendríamos que decir entonces que, después de todo, este Médici vivió bien -lo cual parece monstruoso- o, en una segunda mirada, que su vida no fue buena porque su inmoralidad la hizo mucho peor de lo que habría sido en otras circunstancias»⁷⁹⁸.

Este ejemplo pone de manifiesto que vivir bien y tener una vida buena no es lo mismo. La inmoralidad en la que incurre el príncipe empeora el conjunto de su vida. Es cierto que nuestro príncipe tuvo una vida mejor de la que habría tenido si hubiera respetado escrupulosamente sus responsabilidades morales, esto es, si hubiera respetado su responsabilidad de vivir bien. Pero fue el incumplimiento de tales responsabilidades lo que le permitió tener una buena vida, aunque no podamos decir que vivió bien. Quizás con sus actos inmorales alcanzó una vida mejor, pero debemos reconocer en definitiva que aquellos actos empeoraron su vida.

Como podemos comprobar estas dos ideas -vivir bien y tener una vida buena- se autoimplican. Aunque el ejemplo del príncipe de Médici parece desmentirlo y parece hacernos ver que ambos ideales pueden recorrer caminos separados: se puede tener una vida buena sin haber vivido bien. Y aquí es donde ya Dworkin se muestra tajante al preguntarse «¿cuál es entonces la responsabilidad ética más fundamental? -y no duda en responder- Vivir bien. Es éticamente irresponsable vivir no tan bien a fin de que nuestra vida sea mejor, e inapropiado complacerse o enorgullecerse por la bondad de nuestra vida cuando la hemos logrado a costa de vivir mal»⁷⁹⁹. Es preferible vivir bien y haber tenido una vida peor, a tener una vida buena a costa de haber vivido mal.

Como evidencia el ejemplo del príncipe, vivir bien está al servicio de una hipótesis sobre la que Dworkin construye su teoría: la moral es esencial para vivir bien; la gente no vive bien a menos que respete sus deberes morales. Para Dworkin, «la mejor manera de entender los valores morales es verlos como *integrados* con la responsabilidad ética, y no simplemente *incorporados* a ella», esto es, que el contenido de la moral está determinado -no es que sólo sea una parte de ella sino que es su propia esencia- por nuestras responsabilidades éticas. De ahí la importancia que en Dworkin adquieren los términos moral y responsabilidad. El vivir bien (el vivir moralmente) es el vivir con responsabilidad (con la responsabilidad ética de vivir bien). Esta relación de *integración*

⁷⁹⁸ DWORKIN R., *Justicia para erizos*, op. cit., p. 250.

⁷⁹⁹ DWORKIN R., *Justicia para erizos*, op. cit., p. 251.

sólo podemos conseguirla «si somos capaces de encontrar algún aspecto o dimensión ineludible del vivir bien que en sí mismo no tenga que ver, al menos a primera vista, con nuestros deberes para con otros, pero que, aun así, afecte esos deberes y, a la vez, sea afectado por ellos»⁸⁰⁰. Dworkin cree haber encontrado la solución «en las ideas hermanas y conectadas del autorrespeto y la autenticidad». Introduce así dos principios que, a su parecer, «enuncian exigencias fundamentales del vivir bien»:

«El primero es un principio de autorrespeto. Cada persona debe tomar en serio su propia vida: debe aceptar que es un asunto de importancia que su vida sea una ejecución exitosa y no una oportunidad desperdiciada. El segundo es un principio de autenticidad. Cada individuo tiene la responsabilidad personal especial de identificar lo que representa un éxito en su vida; tiene la responsabilidad personal de crear esa vida por medio de un relato o un estilo coherentes que él mismo avale»⁸⁰¹.

Y esto es lo más importante para nuestro estudio: que los dos principios, el autorrespeto y la autenticidad, actuando conjuntamente «proponen una concepción de la dignidad humana: la dignidad requiere autorrespeto y autenticidad»⁸⁰².

Dignidad y autorrespeto aparecen ya enunciados a la vez. Son nociones ambas complementarias, ya que «la dignidad y el autorrespeto -cualquiera que sea el significado que resulten tener- son condiciones indispensables del vivir bien. Hallamos evidencias de esta afirmación en la forma en que la mayoría de la gente quiere vivir: mantener la frente alta mientras pugna por todas las otras cosas que quiere. Y hallamos más evidencias en la fenomenología por lo demás misteriosa de la vergüenza y el insulto»⁸⁰³.

Un individuo no puede considerar importante el deber de elegir los valores en torno a los cuales estructurar su vida a menos que considere que ésta tiene valor. De lo contrario, ¿qué le llevaría a empeñarse en esta tarea? Nada tendría valor para nosotros sino partiéramos de que nosotros mismos respetáramos como valioso todo lo que creamos (*autorrespeto*). Un individuo no puede estimar que ha creado algo de valor al vivir su vida a no ser que estime que ésta tenga algún valor. Pero el conceder ese carácter valioso a lo que uno crea es algo que cada uno asigna a su proyecto, a lo que es *auténticamente*

⁸⁰⁰ DWORKIN R., *Justicia para erizos*, op. cit., p. 253.

⁸⁰¹ DWORKIN R., *Justicia para erizos*, op. cit., p. 254.

⁸⁰² DWORKIN R., *Justicia para erizos*, op. cit., p. 254.

⁸⁰³ DWORKIN R., *Justicia para erizos*, op. cit., p. 30.

suyo, y que no le viene impuesto desde afuera. El éxito de una vida dependerá de «lo que usted piensa; no se trata de que otros le demanden vivir de esa manera»⁸⁰⁴.

Dworkin examina estos dos principios por separado porque -dice- plantean problemas filosóficos diferentes. Creo que ello es una buena estrategia que deberemos seguir también aquí.

7.1. Autorrespeto.

Este principio, en Dworkin, tiene una lectura más kantiana que la que tenía en la obra de Rawls. Este principio -escribe el primero- «insiste en que debo reconocer la importancia objetiva de mi vivir bien. Debo aceptar, esto es, que cometería un error si no me preocupara de por cómo vivo»⁸⁰⁵.

Como resalta Dworkin, el principio de humanidad de Kant se refiere al modo de cómo debemos valorarnos y valorar nuestras metas: debemos considerarlas objetiva y no solo subjetivamente importantes. Y, en virtud del segundo imperativo categórico, «debemos encontrar el mismo valor objetivo en la vida de todas las otras personas. Debemos tratarnos a nosotros mismos, esto es, autorrespetarnos, y debemos tratar también a todos los demás como fines en sí mismos»⁸⁰⁶. El autorrespeto también requiere que nos tratemos como autónomos en el sentido kantiano: debemos *querer* los valores que estructuran nuestra vida, dárnoslos, autolegislárnoslos igual que el sujeto del reino de los fines se da su propia ley para ser libre. Debemos juzgar por nosotros mismos el modo correcto de vivir y resistirnos a toda coerción que pretenda usurparnos esa autoridad.

El principio del autorrespeto de Dworkin no es en sí mismo, o no es sólo, un postulado moral. Tiene una función no sólo teórica sino práctica. Describe más bien una actitud que la gente debería tener respecto de su propia vida, esto es, una actitud según la cual todo individuo consideraría que es importante vivir bien. El principio del autorrespeto exige que cada uno de nosotros, en el valor que damos a nuestra propia vida, la estimemos dotada de ese tipo de importancia.

⁸⁰⁴ DWORKIN R., *Justicia para erizos*, op. cit., p. 254.

⁸⁰⁵ DWORKIN R., *Justicia para erizos*, op. cit., p. 255.

⁸⁰⁶ DWORKIN R., *Justicia para erizos*, op. cit., p. 327.

Tenemos una idea más o menos cabal acerca de la mejor manera de vivir y, aunque tengamos tropiezos, intentamos estar a la altura de lo que nos exigimos. Tampoco estamos constantemente meditando sobre si nuestras actitudes están acordes con el respeto que nos merecemos, ya que «nadie vive pensando con plena conciencia día tras día que está dando un valor de ejecución a su vida o que encara la importancia de su vivir bien»⁸⁰⁷. Una vida bajo constante autoexamen es abrumadora pero, de cuando en cuando, uno debe pararse a pensar sobre el sentido de su vida y la «conciencia de valores que la vida exhibe o niega; vivir debe ser algo más que verse tironeado por el hábito irreflexivo a través de gastadas rutinas»⁸⁰⁸.

Una actitud hedonista parecería apuntar a que sentimos mayor autorrespeto cuando realizamos aquellas actividades que más nos gustan. Que nos sentimos más satisfechos con nosotros mismos mientras ejecutamos aquellas cosas que nos causan mayor placer. Pero esto no es más que una consecuencia de vivir bien: es cuando sabemos que estamos viviendo bien cuando sentimos mayor deleite por esa forma de vivir. No encontramos placer en las cosas porque sí, «encontramos placer *en* algo, y el placer que encontramos es mayormente dependiente de la idea de que es bueno -viviendo como se debe- complacerse en ello»⁸⁰⁹. Y ello aunque algunos placeres -como reconoce Dworkin- son “pícaros”, esto es, los disfrutamos por la razón opuesta: porque sabemos que no deberíamos.

Pero este hedonismo del sentido de la vida, por el que algunas personas miden lo bien que han vivido y creen autorrespetarse más por el hallazgo y refinamiento de los placeres que experimentan, es sólo una pobre aproximación a la idea de vivir bien autorrespetándose. La mayoría de las personas tienen, en cambio, una imagen más global de sí mismas. No sólo quieren un determinado placer, quieren ser de una determinada manera. No sólo desean experimentar un tipo de placer, por muy sublime que éste sea, sino que tienen una concepción como persona que es más elevada y completa. Sólo cumpliendo con esa concepción que cada uno tiene de sí, más completa y crítica que la satisfacción de meros apetitos placenteros, sentiremos autorrespeto:

«Las imágenes de sí mismo -las elecciones de identidad personal- tienen el papel crucial que tienen porque se construyen no con lo que simplemente comprobamos que nos gusta, sino con lo que

⁸⁰⁷ DWORKIN R., *Justicia para erizos*, op. cit., p. 257.

⁸⁰⁸ DWORKIN R., *Justicia para erizos*, op. cit., p. 508.

⁸⁰⁹ DWORKIN R., *Justicia para erizos*, op. cit., p. 257.

comprobamos que admiramos y estimamos apropiado. Estos son en sí mismos juicios críticos: apuntamos a cumplir un estándar, no sólo a escoger al azar en un menú»⁸¹⁰.

Es difícil precisar, desechando el mero placer, qué es lo que da peso y dignifica una vida y hace que sintamos mayor respeto hacia nosotros mismos. No se puede definir qué es lo que nos hace *vivir bien* una *vida buena*, esto es, vivir una vida buena autorrespetándonos. Porque cada persona encontrará que se respeta haciendo cosas diferentes. La vida de algunas personas es buena a causa de grandes logros, revolucionarios descubrimientos, fama mediática o un apoteósico éxito. Pero estos casos son infrecuentes y la mayoría de las veces alcanzamos el autorrespeto «en virtud de efectos mucho más transitorios: la habilidad en alguna artesanía exigente, formar una familia o hacer mejor la vida de otras personas»⁸¹¹.

Dworkin, con un indudable eco kantiano, adopta en su noción de autorrespeto la relación existente entre el respeto y el autorrespeto: «para tratar a las personas con el respeto que nos atribuimos a nosotros mismos se requiere, como mínimo, que no reclamemos para nosotros ningún derecho que no otorguemos a otros, y no supongamos en ellos ningún deber que no aceptemos en nosotros»⁸¹².

Actitudes como el autorrespeto, o el sentimiento de orgullo, vergüenza o remordimiento, «solo tienen sentido en y para quien considera que es importante lo que hace de su vida y tiene una responsabilidad personal de crear valor en ella»⁸¹³. Si estas actitudes tienen un papel importante en nuestra vida, es porque tenemos una concepción de lo que somos más elevada que la mera satisfacción de placeres. Sentimos que nos autorrespetamos porque tenemos concebido de antemano que hay cosas que no convergen con nuestra concepción. Cada individuo se autorrespeto porque asume la responsabilidad de vivir bien, desechando aquello que atentaría contra su propio respeto:

«Las actitudes críticas únicamente tienen sentido si aceptamos que lo que hacemos con nuestra vida es objetiva y no solo subjetivamente importante. Nos inquietamos cuando sospechamos haber malinterpretado y traicionado nuestra responsabilidad; sentimos orgullo y consuelo -decimos que nuestra vida tiene significado- cuando creemos haberla cumplido»⁸¹⁴.

⁸¹⁰ DWORKIN R., *Justicia para erizos*, op. cit., p. 259.

⁸¹¹ DWORKIN R., *Justicia para erizos*, op. cit., p. 509.

⁸¹² DWORKIN R., *Justicia para erizos*, op. cit., p. 329.

⁸¹³ DWORKIN R., *Justicia para erizos*, op. cit., p. 259.

⁸¹⁴ DWORKIN R., *Justicia para erizos*, op. cit., p. 260.

7.2. Autenticidad.

La autenticidad, señala Dworkin, es el otro lado del autorrespeto. Como nos tomamos en serio a nosotros mismos, como nos autorrespetamos, juzgamos que «vivir bien significa expresarnos en nuestra vida, buscar un modo de vivir que nos cautive como correcto para nosotros mismos y nuestra circunstancia»⁸¹⁵.

La autenticidad no requiere el compromiso irrevocable con una escala de valores, es más bien un carácter o un estilo de vida. Una manera de ser que creemos adecuada a nuestra situación. Pero que no nace de la irreflexión, de la convención, de la comodidad o de las exigencias de otros. Tampoco nace de la excentricidad y tampoco tiene que ser revolucionaria o novedosa. Lo crucial no es que vivamos de manera diferente o al margen de los demás, sino «en respuesta a nuestra situación y los valores que estimamos apropiados»⁸¹⁶. La autenticidad tampoco requiere una estudiada planificación o una hoja de ruta trazada desde la juventud. Podemos descubrir un carácter o estilo mientras vivimos, al interpretar lo que hacemos mientras lo estamos haciendo.

No deberíamos pensar que esta descripción de la autenticidad de Dworkin es elitista. Al contrario, lo elitista sería suponer que sólo las personas de elevada educación, imaginación o sensibilidad, o las favorecidas por la riqueza, pueden tener una vida auténtica. Esta autenticidad está al alcance del común de los mortales, pero requiere de dos ingredientes básicos: responsabilidad e independencia ética.

Para Dworkin es imposible imaginar que uno pueda asumir un acto como propio, como emanado de su personalidad y carácter, a menos que esta persona considere que tiene responsabilidad de juicio por él. De este modo, las personas que culpan a sus padres, al entorno o a la sociedad en general por sus propios errores «carecen de dignidad, porque ésta exige hacerse cargo de lo que uno ha hecho»⁸¹⁷. La autenticidad exige aceptar la responsabilidad por nuestros propios actos.

La autenticidad además tiene la vocación de hacernos independientes. Eso no significa que tratemos de escapar a toda influencia o consejo de nuestros familiares y amigos. Nadie puede inventar un estilo de vida completamente nuevo para sí. Aunque nunca estamos libres de los condicionantes de nuestra cultura, «debemos no obstante

⁸¹⁵ DWORKIN R., *Justicia para erizos*, op. cit., p. 261.

⁸¹⁶ DWORKIN R., *Justicia para erizos*, op. cit., p. 261.

⁸¹⁷ DWORKIN R., *Justicia para erizos*, op. cit., p. 262.

insistir en liberarnos de la dominación»⁸¹⁸. Normalmente nos adherimos a los valores de nuestra sociedad y de nuestros grupos más cercanos. Las opiniones y las formas de vivir que conocemos por nuestro entorno, por nuestras tradiciones, en los medios de comunicación, en la literatura, en el cine, en la publicidad, inciden de forma determinante en nuestra vida. Quizás no podamos escapar a su influencia, «pero -señala Dworkin- debemos resistir la dominación»⁸¹⁹.

Esta independencia que no niega la influencia, pero sí el quedar dominados, tiene una importante consecuencia para la idea de autorrespeto y, en especial, en su relación con el moralismo legal. Porque, como bien señala Dworkin, por más variadas que sean las alternativas que se le presentan a una persona, «no vivirá auténticamente si otros, por considerarlas indignas, le prohíben algunas que de otro modo tendría a su alcance»⁸²⁰. La autenticidad hace que un individuo no se sienta autorrespetado a menos que sea él mismo quien tome las decisiones acerca del mejor uso que debe dar a su estilo de vida.

Por eso cuando un gobierno manipula la cultura de una comunidad con el objeto de eliminar o hacer menos factibles ciertos modos de vida desaprobados, los miembros de esa comunidad ven atacada su autenticidad. Es evidente que «algunas leyes coactivas violan la independencia ética porque niegan a la gente poder tomar sus propias decisiones»⁸²¹. La autenticidad incumbe tanto a la variedad de estilos de vida como a la inexistencia de obstáculos para elegir cualquiera de ellos:

«Vivir bien no sólo significa proyectar una vida, como si cualquier proyecto sirviera, sino hacerlo en respuesta a un juicio de valor ético. La autenticidad sufre un perjuicio cuando la persona se ve

⁸¹⁸ DWORKIN R., *Justicia para erizos*, op. cit., p. 508.

⁸¹⁹ DWORKIN R., *Justicia para erizos*, op. cit., p. 263.

⁸²⁰ DWORKIN R., *Justicia para erizos*, op. cit., p. 264.

⁸²¹ DWORKIN R., *Justicia para erizos*, op. cit., p. 448. Dworkin pone el ejemplo de cómo las prohibiciones del coito o el matrimonio entre personas del mismo sexo restringen las decisiones individuales para labrar la propia autenticidad. Y lo que motiva tal restricción por parte del gobierno es su deseo de proteger ciertas concepciones del vivir bien y postergar otras. También hay leyes que violan la independencia ética no tanto por impedir la autenticidad de una persona, sino más bien por la falta de justificación de un gobierno al promoverlas (serían los casos de la censura de la pornografía o el saludo obligatorio a la bandera u otras demostraciones de patriotismo, porque dependen de una elección sobre las virtudes personales que una vida buena refleja). Ahora bien, también reconoce Dworkin que hay otras leyes que, aunque coactivas y restrictivas, no menoscaban nuestra autenticidad ni independencia en ningún modo (por ejemplo, las leyes que nos obligan a pagar impuestos o nos prohíben conducir bajo los efectos del alcohol). Estas leyes no niegan “mi responsabilidad de definir el valor ético para mí mismo, porque ninguna apunta a usurpar mi responsabilidad de identificar una vida exitosa. Las leyes debidamente motivadas de mi comunidad son parte del telón de fondo contra el cual hago mis elecciones éticas. Y ese telón de fondo no disminuye mi responsabilidad ética de hacerlas”, p. 449.

obligada a aceptar, en lugar del suyo, el juicio de algún otro sobre los valores o metas que su vida debería exhibir»⁸²².

Este principio de autenticidad es fundamental en la protección de la dignidad individual exigida por el vivir bien. La coacción es patente cuando se amenaza con el castigo penal. Quien se autorrespeto se negará a conformar su estilo de vida en función del temor a la sanción tanto social, como política o jurídica. Uno puede decidir vivir en función de las aspiraciones que desee, pero que sea siempre por propia convicción, no por pereza o por miedo a la sanción. No seremos inauténticos ni dañaremos nuestro autorrespeto si adaptamos nuestro estilo de vida al de una cultura o religión, pero sí si lo hacemos por mera inercia o imposición. Tal vez uno acierte o se equivoque con la cosmología o religión que asume, pero en todo caso «su vida carecerá de plena dignidad si nunca ha pensado siquiera en ponderar dicha cosmología»⁸²³. Por eso la ciudadanía liberal nos exige algo más:

«En las comunidades políticas liberales, quienes se someten a la autoridad ética de su iglesia lo hacen de manera voluntaria. Son inauténticos, no obstante, si su adhesión es tan mecánica e irreflexiva que no impregna y da forma al resto de su vida, y su religión, más que una fuente de energía narrativa, es sumisa, social o autocongratulatoria»⁸²⁴.

Sabemos que ser auténtico no significa desatender los ejemplos y consejos de nuestro entorno acerca de cómo vivir. La autenticidad no implica convertirnos en indemnes a las influencias que nos rodean. Sin embargo debemos procurar «que ese entorno se cree bajo la tutela de la independencia ética: que lo creen orgánicamente las decisiones de millones de personas con la libertad de hacer sus propias elecciones, no las mayorías políticas que imponen sus decisiones a todo el mundo»⁸²⁵.

⁸²² DWORKIN R., *Justicia para erizos*, op. cit., p. 264.

⁸²³ DWORKIN R., *Justicia para erizos*, op. cit., p. 509.

⁸²⁴ DWORKIN R., *Justicia para erizos*, op. cit., p. 265.

⁸²⁵ DWORKIN R., *Justicia para erizos*, op. cit., p. 451.

PARTE SEGUNDA



CAPÍTULO TERCERO

Mill y el debate sobre una esfera privada libre de injerencias

1. INTRODUCCIÓN.

Stuart Mill nunca ejerció de abogado, aunque en algún momento de su vida le tentaron a ello; tampoco fue un filósofo del Derecho, aunque sus trabajos bien pudieran encajar en esa disciplina; sin ser psicólogo, formuló importantes planteamientos acerca de la formación del carácter del ser humano; sus teorías económicas le reportaron la crítica tanto de liberales como de socialistas; su filosofía moral fue atacada por contradictoria y oscura, al igual que su filosofía política, dado su confesado radicalismo; pero tampoco fue un reformador revolucionario, aunque sí impulsó reformas legislativas de importante calado; su etapa, en la madurez, como político práctico en el Parlamento británico no se salvó exenta de críticas.

Mill no fue en puridad ninguno de esos personajes pero, a la vez, tuvo un poco de todos ellos. No se le puede encasillar en una única disciplina, pero su grandeza proviene de aunar magistralmente muchas de ellas. Un personaje en el que no hubo contradicción entre vida y obra, sus gestos fueron la encarnación de sus creencias. Mill «será recordado como una figura personalmente honorable y una voz liberal ancestral»⁸²⁶. El experto en su obra John Gray lo califica de «auténtico liberal», un «liberal paradigmático» y de «liberal incondicional»⁸²⁷. Y para C.L. Ten, el *On Liberty* es «la expresión más elocuente de una teoría liberal para una sociedad abierta»⁸²⁸. Existe un amplio acuerdo en considerar que Mill buscó la forma de combinar la más amplia libertad posible con una restricción mínima. Para Mill, cualquier tipo de interferencia, o la negación de elegir libremente, la coacción y la usurpación de la individualidad eran todas formas detestables de limitar la libertad. En palabras de uno de los más destacados intérpretes de Mill: «si alguien ha dado la expresión clásica para el tratamiento de la libertad ha sido sin duda Mill. Esa es la opinión dominante (...). Él figura, aceptado por todos, como el defensor más eminente de la libertad individual»⁸²⁹.

Sin embargo, la complejidad de su figura le ha reportado juicios demasiado dispares. Recibió «acusaciones desde dos frentes completamente opuestos y diversos. Para unos es un perfeccionista que exagera lo que puede esperarse de una buena conducta

⁸²⁶ SKORUPSKI J., "Introduction: The fortunes of liberal naturalism", en *The Cambridge Companion to Mill*, John Skorupski (ed.), Cambridge University Press, New York, 1998, p. 2.

⁸²⁷ GRAY J., *Mill on Liberty: A Defence*, Routledge, London, 2d. ed. 1996, p. 119.

⁸²⁸ TEN C.L., *Mill on Liberty*, Clarendon Press, Oxford, 1980, p. 1.

⁸²⁹ REES J.C., *John Stuart Mill's On Liberty*, John C. Rees y G.L. Williams (eds.), Clarendon Press, Oxford, 1985, p. 125.

humana, para otros es un pensador burgués que sólo se ocupa de consolidar lo establecido, simplista y pragmatista»⁸³⁰. Se le ha considerado tanto un clásico del pensamiento occidental como un pensador de segunda fila poco original e incongruente. Es la postura de Isaiah Berlin, quien reconoce que «Mill es uno de los más grandes pensadores políticos de nuestro propio tiempo», pero le reprocha la incoherencia de sus posiciones que «no son, como se ha dicho a menudo, de la más alta calidad intelectual: muchos de sus argumentos se pueden volver contra él; ninguno es concluyente, ni convence a un adversario». De su ensayo *Sobre la libertad* reconoce que «a pesar de su falta de coherencia lógica, sigue siendo la obra clásica en pro de la libertad individual». Adolece además el autor londinense de creatividad e innovación: «no se le conoce por ningún descubrimiento o invención duradera. Apenas hizo algún avance significativo en lógica, filosofía, economía o en el pensamiento político»⁸³¹.

Mill, a menudo, ha sido considerado como un pensador ecléctico cuyos argumentos carecen de toda coherencia. Sus críticos conservadores «habrían visto en el *On Liberty* la encarnación de todos los errores y vicios del liberalismo»⁸³². Especialmente en torno al *On Liberty* se le ha criticado por mantener el principio de utilidad y al mismo tiempo afirmar el carácter intrínsecamente valioso de la libertad y, por tanto, valiosa independientemente de su utilidad. Esta contradicción plantearía «un problema que es irresoluble»⁸³³.

Estas interpretaciones -podemos llamarlas “tradicionales”- han estado fuertemente arraigadas en las lecturas que se han hecho de la obra de Mill, entre las que se encontraba la de su primer crítico James Fitzjames Stephen o la de la historiadora

⁸³⁰ GUIÁN E., *Una ética de libertad y solidaridad: J.S. Mill*, Anthropos, Barcelona, 2008, p. 12. Esperanza Guisán recoge la crítica pero puntualiza: “Por supuesto que alentó una ética de la excelencia y el perfeccionismo, aunque se trate de un perfeccionismo *gratificante* que nada tenía ni tiene que ver con las éticas rigoristas que exigen un perfeccionamiento *espiritual*”, p. 59.

⁸³¹ BERLIN I., *John Stuart Mill and the Ends of Life*. Esta conferencia del Robert Waley Cohen Memorial, pronunciada en el Conference Hall, County Hall, Londres, el 2 de diciembre de 1959, fue publicada por primera vez por The Council of Christians and Jews ese mismo año. Cito por la traducción al castellano de Natalia Rodríguez Salmones, *John Stuart Mill y los fines de la vida*, que se publica como prólogo a la edición de MILL J.S., *Sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 2013, pp. 13, 52, 58 y 59.

⁸³² TEN C.L., *Mill on Liberty*, op. cit., p. 1.

⁸³³ GRAY J., *Mill on Liberty: A Defence*, op. cit., p. 1. Un buen análisis de esta polémica, dedicando apartados a las diferentes posturas, lo realiza John Gray en el capítulo inicial de esta obra, pp. 1-68. El recuento bibliográfico de la polémica, con intervención de abundantes estudiosos de la obra de Mill, se puede consultar en la nota 17 de la p. 160. El propio Gray se propone “dilucidar las nuevas líneas de interpretación que se están siguiendo sobre los escritos de Mill. Trataré de detectar algunas diferencias importantes entre las nuevas interpretaciones y resolver algunas dificultades que se han planteado en los trabajos de los intérpretes revisionistas”, p. 14.

Gertrude Himmelfarb⁸³⁴: «Aparte del vigoroso revés de Fitzjames Stephen, podría decirse que el ataque ‘tradicional’ más radical e intransigente fue el que arremetió Gertrude Himmelfarb»⁸³⁵. Todos ellos habrían visto un conflicto irreconciliable entre libertad y utilidad. Mill sería, por tanto, contradictorio e incoherente.

En España podrían ser representantes de esta postura crítica, desde el prisma de la filosofía política, Dalmacio Negro Pavón o Carlos Rodríguez Braun y, desde el prisma económico, Pedro Schwartz⁸³⁶.

Sin embargo, se ha llevado a cabo una relectura de su pensamiento que lo sitúa como un filósofo más riguroso, coherente y sistemático de lo que anteriormente se le juzgaba. Estas “nuevas” interpretaciones se iniciaron en la década de los ochenta, con precursores como John Rees, John Gray, Fred Berger y Alan Ryan. Frente a la tesis de los “dos Mills” y de la esquizofrenia intelectual de la que adolecería la obra del filósofo, estos autores han defendido un enfoque “revisionista” que concibe el pensamiento milliano como un conocimiento más ordenado y congruente⁸³⁷. Para C.L. Ten «el *On Liberty* es una apasionada defensa de la libertad de todos los grupos de la sociedad y no sólo de los privilegiados. Es un texto internamente consistente y también coherente con el resto de trabajos de Mill»⁸³⁸. Joseph Hamburger mantiene una postura intermedia:

«Voy a argumentar que la coherencia de la que gozó Mill no se basa, en cambio, en la definición del utilitarismo en la que están pensando revisionistas como Pym, Rees y Gray. Por lo tanto, aunque soy un revisionista que considera que el *On Liberty* es consistente con el *Utilitarianism*, difiero de los revisionistas en mi comprensión del *On Liberty*. Mill fue sistemático y coherente, pero no tan liberal como los revisionistas han sugerido»⁸³⁹.

⁸³⁴ Para Himmelfarb, Mill “consideró la *libertad* como un medio para alcanzar el mayor desarrollo del espíritu humano; en cambio, no se tomó suficientemente en serio la posibilidad de que esa misma *libertad* también haría a los hombres *libres* para explorar las profundidades de la depravación”, HIMMELFARB G., *On Liberty and Liberalism: The Case of John Stuart Mill*, Alfred A. Knopf, New York, 1974, p. 321. Un buen análisis de la crítica de Himmelfarb lo hace C.L. TEN en el capítulo “Himmelfarb’s Two Mills” de su obra *Mill on Liberty*, op. cit., pp. 151-166. También la crítica a esta obra de Gertrude Himmelfarb constituye el capítulo 11: Libertad y liberalismo de DWORKIN R., *Los derechos en serio*, op. cit.

⁸³⁵ GRAY J. y SMITH G.W., “Introduction”, en *J.S. Mill’s On Liberty in Focus*, J. Gray y G.W. Smith (eds.), Routledge, London, 1991, p. 2.

⁸³⁶ SCHWARTZ P., *La nueva economía política de John Stuart Mill*, Tecnos, Madrid, 1968.

⁸³⁷ REES J.C., “The thesis of the *Two Mills*”, en *Political Studies*, 25, 1977, pp. 369-382; GRAY J., “John Stuart Mill: Traditional and Revisionist Interpretations”, en *Literature of Liberty: A Review of Contemporary Liberal Thought*, 2, II, 1979, pp. 7-37; BERGER F., *Happiness, Justice and Freedom: The Moral and Political Thought of John Stuart Mill*, University of California Press, Berkeley, 1984; RYAN A., *The Philosophy of John Stuart Mill*, Houndmills, Macmillan, 2ª ed. 1987.

⁸³⁸ TEN C.L., *Mill on Liberty*, op. cit., p. 9.

⁸³⁹ HAMBURGUER J., *John Stuart Mill On Liberty and Control*, Princeton University Press, New Jersey, 1999, pp. xvi y xvii.

Estos “revisionistas” interpretan y reinterpretan palabras y argumentos de Mill para encontrar en ellos una defensa que sea compatible con la concepción de la libertad que estos comentaristas desean mantener. Mill quizás dio usos algo confusos a palabras tales como *coerción*, *interés* o *daño*. Pero, aun así, ahora pareciera que torticeramente dichos conceptos se reinterpretan y fuerzan para compatibilizarlos con categorías y teorías liberales propias del siglo XX y XXI.

Un ejemplo de ello es el supuesto uso que hace Mill de la categoría de acciones que “afectan a otros”. Richard Wollheim⁸⁴⁰ pone en boca de Mill esta expresión y el filósofo nunca usó tal frase. Utilizó el término *self-regarding* para calificar las acciones que “afectan a uno mismo”, pero nunca se refirió a las acciones *other-regarding*. Y, en cambio, uno podría recopilar una abundante bibliografía de libros y artículos dedicados a explicar lo que significan en Mill las acciones que “afectan a otros”.

Aun sabiendo que «*autonomía* no es un término que el propio Mill empleara», también Gray reconoce abiertamente que él utiliza «expresiones y distinciones que parecerían ajenas a Mill». Gray asume como inevitable que su interpretación «tenga la naturaleza de una reconstrucción francamente conjetural»⁸⁴¹. Del mismo modo, Waldron reconoce que él realiza «su propia reconstrucción de la opinión de Mill»⁸⁴².

Arneson afirma que «aunque Mill de hecho nunca menciona la palabra *autonomía* en el *On Liberty*», en realidad está construyendo argumentos que «sin citar la palabra por lo menos coquetean con el concepto. Los pasajes en que Mill alaba el valor *libertad* se prestan fácilmente a interpretarse en el sentido de *autonomía*, que es el concepto en el que parece estar pensando Mill, en lugar de la *libertad*, y por el que siente verdadera admiración»⁸⁴³.

Wollheim dice ofrecer una «serie de argumentos que he atribuido a Mill (...), aunque algunos de ellos son especulaciones y van más allá de lo que el propio Mill afirmó». Pero «pensándolo bien, de buena gana también los hubiera aceptado»⁸⁴⁴.

⁸⁴⁰ WOLLHEIM R., “John Stuart Mill and Isaiah Berlin: The Ends of Life and the Preliminaries of Morality”, en *The Idea of Freedom. Essays in Honour of Isaiah Berlin*, Alan Ryan (ed.), Oxford University Press, Oxford, 1979, p. 268. También publicado el artículo en J. GRAY y G.W. SMITH (eds.), *J.S. Mill’s On Liberty in Focus*, op. cit., pp. 260-277.

⁸⁴¹ GRAY J., “Mill’s conception of happiness and the theory of individuality”, en *J.S. Mill’s On Liberty in Focus*, J. Gray y G.W. Smith (eds.), Routledge, London, 1991, p. 191.

⁸⁴² WALDRON J., “Mill and the value of Moral Distress”, en *Political Studies*, núm. 35, 1987, p. 421.

⁸⁴³ ARNESON R.J., “Mill versus Paternalism”, en *Ethics*, vol. 90, núm. 4, julio 1980, p. 476.

⁸⁴⁴ WOLLHEIM R., “John Stuart Mill and the Limits of State Action”, en *Social Research*, núm. 40, spring 1973, p. 21.

Dworkin atribuye a Mill nociones difícilmente localizables en sus escritos: por ejemplo la «libertad como independencia» que Dworkin conecta con la idea de dignidad, aunque reconoce que «el sentido originario de libertad en que pensaba el joven Mill era, por cierto, el de libertad en cuanto licencia»⁸⁴⁵.

Como puntualiza Hamburger, «quienes realizan este tipo de interpretaciones ignoran las auténticas intenciones de Mill y las conexiones, según él mismo las explicó, entre el *On Liberty* y sus propuestas para la reforma de la sociedad y su moralidad. Los mismos autores atribuyen a Mill no sólo palabras y argumentos que él no usó, sino que también hacen la vista gorda sobre argumentos que sí empleó pero que son incompatibles con las ideas que el intérprete tiene preconcebidas»⁸⁴⁶.

Estas interpretaciones tienen implicaciones importantes para la posición de Mill como representante del pensamiento liberal. La protección de una esfera privada contra la intrusión del gobierno y la sociedad se caracteriza, generalmente, como un componente esencial del liberalismo. Y se asume a menudo que Mill, al distinguir entre acciones que afectan a uno mismo y las que no, en realidad estaba utilizando la distinción entre conductas públicas y privadas, aunque no las etiquetara como tales.

Debe señalarse, sin embargo, que esta explicación de la distinción de Mill no es satisfactoria. Ya que, desde el pensamiento liberal, tanto las acciones públicas como privadas pueden recibir intromisiones y ser objeto de sanciones. En cambio Mill, en su concepción de las acciones que solo afectan a uno mismo, no contempla, en absoluto, ningún tipo de injerencia externa.

Tomando de su trayectoria intelectual los aspectos que aquí interesan, podemos señalar, sin miedo a equivocarnos, que Mill se preocupó por las cuestiones jurídicas desde un marcado tinte práctico, conectado siempre con los avatares históricos que le tocó vivir (i.e. *Revolución Francesa* de 1848). Su acercamiento a los problemas prácticos no le distancia, sin embargo, de la reflexión más teórica y abstracta. Hizo filosofía del Derecho y se le considera el «partidario más conocido del Utilitarismo»⁸⁴⁷. Su filosofía jurídica bebe de Bentham y realiza aportaciones importantes a la obra de Austin. Por todo ello, y por lo que seguiremos comentando, Stuart Mill merece ser considerado «el más grande

⁸⁴⁵ DWORKIN R., *Los derechos en serio*, op. cit., pp. 377 y 378.

⁸⁴⁶ HAMBURGUER J., *John Stuart Mill On Liberty and Control*, op. cit., p. xiii.

⁸⁴⁷ BROCK D.W., «Utilitarismo», en *Diccionario de Filosofía*, Robert Audi (ed.), trad. de Huberto Marraud y Enrique Alonso, Akal, Madrid, 2004, p. 999.

pensador británico del siglo XIX»⁸⁴⁸ y ocupar un lugar privilegiado en la historia del pensamiento contemporáneo.

Antes de continuar avanzando en el estudio de Stuart Mill al que se dedica este capítulo, deseo acotar las cuestiones a las que me referiré. Comenzaré con una referencia biográfica del autor, que nos ayudará a contextualizar su obra en un entorno más claro y cercano. Continuaremos abordando su afamado principio del daño, que va a fundamentar su teoría de la libertad. El siguiente paso será introducir algunas precisiones, matizaciones y comentarios a ese principio del daño. Para finalmente expresar ciertas críticas o dificultades que ha encontrado tan atractiva regla a la hora de llevarla a la práctica.

Así planteados para este capítulo, estos objetivos temáticos son demasiado ambiciosos y bien merecerían un examen en profundidad cada uno por separado, amén de que ya se hayan estudiados en otros lugares con mejor acierto y oportunidad. Por ello, y en uso de la clásica excusa de no intentar abarcar más allá de lo adecuado, me deshago desde un primer momento de otras cuestiones paralelas que pudieran surgir en este estudio, para centrarme únicamente en aquellas partes de la obra de Mill que pudieran “decir algo” sobre la cuestión concreta que nos ocupa y que rotula este capítulo: la imposición jurídica de la moralidad.

Me interesa estudiar el principio del daño y evaluar su incidencia en la esfera libre de injerencias que Stuart Mill reivindica para el individuo frente al Estado y otros agentes sociales. Estos son los aspectos en los que debemos profundizar ya que nos proporcionarán las herramientas teóricas adecuadas para los capítulos siguientes. No trataré, de forma específica, la influencia de Mill en la política inglesa. Tampoco podremos detenernos, salvo de manera colateral y cuando así sea inevitable, en temas relativos a los derechos morales⁸⁴⁹, a su filosofía utilitarista⁸⁵⁰, a su defensa sobre los

⁸⁴⁸ GARRIDO M., “Una defensa liberal de la libertad”, introducción a *Sobre la libertad* de J.S. Mill, trad., estud. preliminar, ed. y notas de Carlos Rodríguez Braun, Tecnos, Madrid, 2008, p. 10.

⁸⁴⁹ A ello se dedicó José GARCÍA AÑÓN en su tesis doctoral, publicada bajo el título *John Stuart Mill: Justicia y Derecho*, pról. Javier de Lucas, McGraw Hill, Madrid, 1997.

⁸⁵⁰ Quizás los estudios más autorizados sobre utilitarismo, al menos en nuestro entorno académico hispano, siguen siendo los de la profesora Esperanza Guisán. De su mano se introdujeron en España las ideas del utilitarismo, del que fue no solo una defensora sino también una gran divulgadora, sobre todo de la obra de John Stuart Mill, a quien tradujo y prologó. Llegando incluso a ser promotora de la *Sociedad de Estudios Utilitaristas* en España y presidenta de honor de la *Sociedad Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*. De sus escritos sobre este utilitarismo de corte milliano que aquí nos interesa merece la pena destacar: Introducción y traducción de *El Utilitarismo* de J.S. Mill, Alianza Editorial, Madrid, 1984; “John Stuart Mill: un hombre para la libertad”, en *Ágora*, 1987, pp. 169-174; “Una justificación utilitarista de los derechos humanos”, en *El fundamento de los derechos humanos*, Javier Muguerza y otros autores (ed. preparada por Gregorio Peces-Barba), Debate, Madrid, 1989, pp. 185-194; “Liberalismo y Socialismo en

derechos de las mujeres, sus estudios de lógica o sus aportes a la economía política... cuestiones todas ellas importantes pero que sobrepasan el cometido de este trabajo. Mi intención es tan solo arrojar un poco de luz sobre algunos aspectos del principio del daño que merecerían rescatarse para la supervivencia de un liberalismo bien entendido en nuestros días.

2. VISITANDO, UNA VEZ MÁS, A JOHN STUART MILL.

Parece recomendable al analizar el pensamiento de un personaje complejo hacer antes algunas referencias a su trayectoria vital en aras de una mejor comprensión de los motivos que inspiraron su obra. Indagar en las influencias que recibió, las inquietudes que le lanzaron a plantearse algunos problemas o tener en cuenta la circunstancia histórica de su país nos permite enjuiciar con mejor criterio el legado de un personaje como Stuart Mill. La bibliografía referente a la vida personal y privada de Mill es tan abundante como la que estudia su trayectoria intelectual⁸⁵¹. Tenemos además la suerte de contar con un texto muy valioso que nos narra, de primera mano, las vivencias e impresiones del propio

John Stuart Mill”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares*, vol. I, 1991-1992, pp. 45-64; “El Utilitarismo”, en *Historia de la Ética*, vol. II: La Ética Moderna, Victoria Camps (ed.), Crítica, Barcelona, 1992, pp. 457-499; “Harriet Taylor Mill, John Stuart Mill y la ética del siglo XXI”, en *John Stuart Mill y las fronteras del liberalismo*, Manuel Escamilla (ed.), Universidad de Granada, 2004; y *Una ética de libertad y solidaridad: J.S. Mill*, op. cit.

⁸⁵¹ Se centran en la trayectoria personal de Stuart Mill, más que en el análisis de su producción científica e intelectual, las siguientes obras: BAIN A., *John Stuart Mill. A Criticism: with Personal Recollections*, ed. de 1969 de A.M. Kelly, Longmans, Green & co, Londres-Nueva York, 1882; M. ST. JOHN PACKE, *The life of John Stuart Mill*, pról. de F.A. Hayek, Secker and Warburg, Londres, 1954; HAYEK F.A., *John Stuart Mill and Harriet Taylor: their friendship and subsequent marriage*, University of Chicago Press, Chicago, 1951; BRITTON K., *John Stuart Mill*, Penguin Books, Londres, 1953; BORCHARD R., *John Stuart Mill, the Man*, Watts, Londres, 1957; PAPPE H.O., *John Stuart Mill and the Harriet Taylor Myth*, Melbourne University Press, Melbourne, 1960; FOXBOURNE H.R., *J.S. Mill: Notices of his Life and Works*, Dallow, Londres, 1873 [reeditado en Bristol, Thoemmes Antiquarian Books, 1990]; SKORUPSKI J., *John Stuart Mill*, Routledge & Kegan Paul, Londres-Nueva York, 1989; STAFFORD W., *John Stuart Mill*, St. Martin Press, Nueva York, 1998; MELLIZO C., *La vida privada de John Stuart Mill*, Alianza Editorial, Madrid, 1995; CAPALDI N., *John Stuart Mill: A Biography*, Cambridge University Press, Nueva York, 2004; HALLIDAY R.J., *John Stuart Mill*, Routledge, Londres, 2004; REEVES R., *John Stuart Mill: Victorian Firebrand*, Atlantic Books, London, 2007; ROSEN F., *Mill*, Oxford University Press, Oxford, 2013; RYAN A., *J.S. Mill*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1ª ed. 1974. Una visión más general de su pensamiento se encuentra en ANSCHUTZ R.P., *The Philosophy of J.S. Mill*, Oxford University Press, Oxford, 1953 [reeditado por Greenwood Press, Connecticut, 1986]; ROBSON J.M., *The Improvement of Mankind. The Social and Political Thought of John Stuart Mill*, University of Toronto Press-Routledge & Kegan Paul, Toronto-Londres, 1968; DONNER W., *The Liberal Self. John Stuart Mill's Moral and Political Philosophy*, Cornell University Press, New York, 1991; SMITH G.W. (ed.), *John Stuart Mill's social and political thought: critical assessments*, 4 vols., Routledge, Londres-Nueva York, 1998; SKORUPSKI J. (ed.), *The Cambridge Companion to Mill*, Cambridge University Press, New York, 1998; TEN C.L. (ed.), *Mill's Moral, Political and Legal Philosophy*, Ashgate, Dartmouth (England), 1999. Un estudio actual, didáctico y sintético puede leerse en MILLER D.E., *J. S. Mill*, Polity Press, Cambridge, 2010.

autor. Aunque, como bien señala Nicholas Capaldi, «la *Autobiografía* de Mill puede convertirse en el mayor obstáculo para escribir sobre él. La *Autobiografía* es en gran parte un análisis de su obra y se ha convertido, por derecho propio, en un clásico digno de lectura; pero sin duda también condiciona a las fuentes secundarias»⁸⁵². La *Autobiografía*⁸⁵³, junto con el ensayo *Sobre la libertad*, es «el libro de John Stuart Mill hoy más leído y más citado, de suma utilidad para obtener una visión general y comprensiva de sus calidades intelectuales y de su estilo humano»⁸⁵⁴. Las referencias a ella serán continuas e inevitables en esta primera parte del capítulo dedicada a su itinerario vital.

Algunos sucesos y episodios de su biografía tienen tan solo una importancia tangencial para nosotros, al igual que algunos de sus intereses y aficiones (como la botánica). Enumerar y comentar su prolija producción bibliográfica en artículos de revista (sobre todo en la *Westminster Review*) podría entorpecer más que esclarecer el relato sumario que aquí se propone. Para todo ello mejor sería acudir a los nutridos listados bibliográficos que se ofrecen en cualquiera de las obras aquí utilizadas⁸⁵⁵.

La biógrafa británica Ruth Borchard diferencia, y aquí así nos servirán, «tres periodos distintos en la vida de Stuart Mill. Hasta los veinte años fue el producto perfectamente pulido de su padre y de los esfuerzos educativos de Jeremy Bentham. En

⁸⁵² CAPALDI N., *John Stuart Mill: A Biography*, op. cit., p. xiii.

⁸⁵³ Stuart Mill comienza la redacción de su *Autobiografía* en el año 1853. Los primeros borradores fueron leídos por la que ya fuera para entonces su esposa. Las páginas finales fueron escritas, fallecida Harriet, en el invierno de 1869-1870. La primera publicación del libro aparece el 17 de octubre de 1873, sólo meses después del fallecimiento de su autor. Aquella primera edición de Longmans, Green, Reader y Dyer, partía de una transcripción algo defectuosa hecha por la hermana menor de Mill, Mary Elisabeth Colman, de un copista francés y de su hijastra Helen Taylor. Los tres mandaron a la imprenta la transcripción que realizaron del manuscrito de Stuart Mill. Aquella edición de 1873 fue considerada la auténtica hasta la aparición, cincuenta años después, de otro manuscrito de Stuart Mill en el que éste incorporaba las modificaciones y revisiones sugeridas por Harriet Taylor. El manuscrito completo en cuestión, hoy conservado en la Biblioteca de la Universidad de Columbia, sirvió de base para el texto que ha pasado a la historia como la *Autobiografía* de John Stuart Mill. Fue publicada en 1924, por Columbia University Press, bajo el título *Autobiography of John Stuart Mill published for the first time without alterations or omissions from the original manuscript in the possession of Columbia University*, con prólogo de John Jacob Coss. Aun así esta edición queda incompleta: hay cuatro páginas del manuscrito, escritas entre 1859-1861, que se encuentran en la Universidad de Yale. La versión completa, que incluye la transcripción íntegra de los manuscritos originales de Columbia y Yale, es la de los *Collected Works of John Stuart Mill*, vol. I, *Autobiography and Literary Essays*, J.M. Robson y J. Stillinger (eds.), University of Toronto Press-Routledge & Kegan Paul, 1981, pp. 4-290. La traducción castellana que utilizo es la de Carlos Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, 1986 [revisada 2008].

⁸⁵⁴ MELLIZO C., “Prólogo” a *Autobiografía*, op. cit., p. 22.

⁸⁵⁵ La relación cronológica más completa de la producción de John Stuart Mill puede leerse en *Indexes to the Collected Works of John Stuart Mill*, vol. XXXIII, J. O’Grady y J.M. Robson (eds.), Toronto University Press - Routledge & Kegan Paul, Toronto y Londres, 1991, pp. 19-61.

los siguientes diez años experimenta una casi violenta reacción contra el racionalismo en el que había sido educado, para luego en la madurez volver a sus orígenes»⁸⁵⁶.

2.1. Una educación extraordinaria: el *experimento* de un padre.

Mill dice de sí mismo que es el «resultado del experimento»⁸⁵⁷ al que fue sometido desde su infancia. A pesar de la evolución posterior de su pensamiento y el distanciamiento de las ideas originarias que su padre imprimió en él, «John Stuart Mill fue, en muchos aspectos, un *producto* de los sistemas pedagógicos de James Mill»⁸⁵⁸.

John Stuart Mill nace en Londres el 20 de mayo de 1806 en la casa familiar de Pentonville (12 *Rodney Terrace*). Es el mayor de los nueve hijos -cuatro varones y cinco mujeres- del economista escocés James Mill (1773-1836) y Harriet Burrow (?-1854), la gran ausente en la narración de la vida de Stuart Mill. La madre «era unos diez años más joven que James Mill, muy guapa, bajita, delgada, con cara aguileña y tez sonrosada y cálida. Se casaron en 1805»⁸⁵⁹. Parece que «James Mill tenía un carácter irascible y nunca ocultó el menosprecio que sentía hacia su esposa»⁸⁶⁰. El padre de Mill «la consideraba tonta y se dirigía públicamente a ella con desprecio. Ni siquiera décadas después fue capaz John, que pasaría a la historia como un gran feminista, de reparar dicho desdén»⁸⁶¹. La profesora Ana de Miguel intenta buscar una explicación: «seguramente la madre de Mill fue una de tantas mujeres anuladas por el destino social de la época y, aunque su hijo mayor nunca lo expresa, lo razonable es pensar que la parca intrascendencia de la vida de su madre influyó decisivamente en su comprensión y simpatía hacia el feminismo»⁸⁶².

En sus primeros años de vida encontramos a un Mill imbuido del pensamiento utilitarista y radical en el que su padre le instruyó. Éste era amigo del economista David Ricardo y del filósofo Jeremy Bentham, máximo exponente del utilitarismo, doctrina según la cual el bienestar social se basa en el cálculo de “la mayor felicidad para el mayor

⁸⁵⁶ BORCHARD R., *John Stuart Mill, the Man*, op. cit., p. 32. Añade Borchard que “significativamente, la transición entre la primera y la segunda etapa, y también entre la segunda y la tercera, estuvieron marcadas por graves y prolongadas depresiones nerviosas”, p. 33.

⁸⁵⁷ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 62.

⁸⁵⁸ MELLIZO C., “Prólogo” a *Autobiografía*, op. cit., p. 7.

⁸⁵⁹ BORCHARD R., *John Stuart Mill, the Man*, op. cit., p. 5.

⁸⁶⁰ BRITTON K., *John Stuart Mill*, op. cit., p. 10.

⁸⁶¹ RODRÍGUEZ BRAUN C., “Estudio preliminar” a *Sobre la libertad* de J.S. Mill, trad., estud. prelim., ed. y notas de Carlos Rodríguez Braun, Tecnos, Madrid, 2008, p. 26.

⁸⁶² DE MIGUEL A., “Introducción” a *John Stuart Mill. Sobre el voto y la prostitución*, Biblioteca Añil Feminista, ed. Almud, Castilla La Mancha, 2011, p. 13.

número”. Este ambiente intelectual recibió el nombre de *radicales filosóficos*⁸⁶³. Los autores de este movimiento estaban inspirados por el principio de utilidad, el cálculo felicífico y eran partidarios de introducir reformas radicales en el gobierno inglés. Así se refiere a ellos Mill:

«Su modo de pensar no fue caracterizado por el benthamismo en ningún sentido que tenga relación con Bentham como jefe o guía, sino más bien por una combinación de los puntos de vista de Bentham con los de la moderna economía política y con los de la metafísica de Hartley»⁸⁶⁴.

El objetivo era educar a Mill en este *radicalismo filosófico* para que portara la antorcha que iluminase la reforma de la humanidad. Tanto Bentham como James Mill habían acordado convertir al joven John en su digno sucesor. Y éste abrazó tan ambicioso cometido como su «meta en la vida: ser un reformador del mundo»⁸⁶⁵. La *mejora de la humanidad*, expresión que se repite constantemente en la *Autobiografía* y debe ser tomada con todas las cautelas debidas, fue para Mill «su más genuina preocupación. Una mejora que, tal y como él la entendió, está referida a fines extraordinariamente inteligibles y concretos: la abolición del privilegio y del abuso; la lucha contra la barbarie elitista, y también contra la barbarie popular; el reconocimiento de las dignidades básicas de los seres humanos, hombres y mujeres por igual; el universal derecho al sufragio; la abolición de la esclavitud y del racismo; la supresión del castigo corporal; el derecho al trabajo; el

⁸⁶³ Existe un prolijo tratamiento del tema en HAMBURGUER J., *Intellectuals in politics. John Stuart Mill and the Philosophic Radicals*, Yale University Press, New Haven, 1965. El *radicalismo filosófico* tiene su inicio histórico en la reivindicación que hizo el parlamentario inglés John Wilkes (1725-1797) del derecho de los electores para determinar el mandato de sus representantes en la *House of Commons* y reclamando la publicidad de las sesiones parlamentarias. En 1771 se aprobó en el Parlamento británico la ley sobre publicidad de las discusiones de la Cámara y se autorizaba la reproducción literal de las intervenciones de los Comunes. Con esta ley, los periodistas quedaban facultados para asistir a las sesiones y transcribir en sus periódicos el contenido de los asuntos públicos allí discutidos (materias que en el resto de Europa seguían celosamente reservadas para el rey y su gobierno). Con aquella defensa de Wilkes se asume la noción de mandato imperativo, es decir, el derecho de los electores a indicar a sus representantes las decisiones políticas que debían seguir. A principios del siglo diecinueve, James Mill y Bentham retoman este espíritu reformista bajo la idea utilitarista, incluyendo en sus reformas la visión del economista David Ricardo, del historiador George Grote (1794-1871) o las del jurista John Austin. En los años treinta y cuarenta, el partido Radical cobró cierto protagonismo en la política inglesa: “Había tenido lugar la elección del primer Parlamento reformado, que incluía a varios de los más notables amigos y conocidos míos del partido Radical: Grote, Roebuck, Buller, Sir Williams Molesworth, John y Edward Romilly y varios otros, además de Warburton, Strutt y otros que ya estaban en el Parlamento. Quienes se consideraban a sí mismos y eran llamados por sus amigos *radicales filosóficos* parecían tener ahora una buena oportunidad, al estar en posición más ventajosa de la que nunca habían ocupado antes, para mostrar lo que llevaban dentro. Y tanto yo como mi padre habíamos puesto en ellos grandes esperanzas”, MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 209.

⁸⁶⁴ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 129.

⁸⁶⁵ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 154.

respeto a la legítima voluntad de independencia de los pueblos frente al centralismo colonialista; la extirpación del prejuicio»⁸⁶⁶.

Durante su juventud, John, al igual que su padre, se encontraba completamente influenciado por el radicalismo utilitarista de Bentham. Del padre dice que su *Historia de la India* (1818) fue un libro que contribuyó mucho a su educación⁸⁶⁷. De Bentham, a quién veía a menudo por casa dada la amistad que lo unía a su padre, reconoce que su «doctrina me invadió con toda la fuerza»⁸⁶⁸.

Este ambiente acompañará a Stuart Mill hasta su edad adulta. Su juventud transcurre entre lecturas utilitaristas y sometido a un proceso educativo tan sorprendente como de consecuencias insospechadas:

«Si yo sabía más que otros, no era debido a mis propios méritos, sino al privilegio poco común de haber tenido un padre capaz de enseñarme y dispuesto a sacrificarse y a dedicarme el tiempo necesario (...). Mi padre estaba decididamente resuelto a librarme no sólo de la influencia corruptora que de ordinario ejercen los chicos sobre los chicos, sino también de todo contagio con los modos vulgares de pensar y de sentir (...). Las deficiencias de mi educación tuvieron lugar principalmente en esas cosas que los niños hacen cuando se ven obligados a apañárselas por sí mismos (...). Crecí saludable y fuerte, aunque no musculoso; pero no podía realizar tareas que exigiesen habilidad o vigor físico, y no sabía hacer ningún ejercicio corporal de tipo ordinario (...). Carecía de compañeros de mi edad (...). Mis diversiones, que eran mayormente solitarias, tenían por lo general un carácter tranquilo (...). Como consecuencia, fui por mucho tiempo, y en menor grado he continuado siéndolo siempre, inexperto en todo aquello que requería destreza manual»⁸⁶⁹.

Stuart Mill no fue al colegio ni a la universidad, estudió siempre en casa. Su padre se ocupó de su instrucción, pensando que su hijo era una *tábula rasa* sobre la cual forjar una educación a imagen y semejanza de la suya. Fue educado sin injerencias ni agentes sociales que entorpecieran el proceso de aprendizaje que su padre tenía previsto para él. Su personalidad «fue completamente modelada por su padre»⁸⁷⁰.

Desde su niñez adquirió un saber enciclopédico. En su *Autobiografía* confiesa no guardar recuerdo de cuando aprendió Griego, que sería en torno a los tres años (la *Iliada* se convirtió en su primera lectura y reconoce haberla releído unas treinta veces). A los seis años manejaba las matemáticas, latín, geometría y álgebra a los ocho, y a los trece

⁸⁶⁶ MELLIZO C., “Prólogo” a *Autobiografía*, op. cit., p. 20.

⁸⁶⁷ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 55.

⁸⁶⁸ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 93.

⁸⁶⁹ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., pp. 66-67.

⁸⁷⁰ BORCHARD R., *John Stuart Mill, the Man*, op. cit., p. 31.

estudiaba lógica y economía política. A los siete años «leí los primeros seis diálogos de Platón», aunque a renglón seguido reconoce que muchas de esas lecturas bien podrían haberse omitido «ya que era de todo punto imposible que yo lograra entenderlo entonces»⁸⁷¹. En 1820 es enviado a Francia a pasar un año con Sir Samuel Bentham, un ingeniero mecánico hermano del filósofo. Durante su estancia se familiarizó con la lengua francesa y asistió, en la Facultad de Ciencias de Montpellier, a cursos de química, zoología, metafísica y matemáticas. Pero quizá «la mayor ventaja que debo a este episodio de mi educación fue la de haber respirado durante todo un año el ambiente libre y amable de la vida en el Continente»⁸⁷².

En su juventud fundó o fue miembro de distintas asociaciones de carácter utilitarista y radical. En el invierno de 1822 «se me ocurrió formar una pequeña sociedad compuesta de jóvenes que estuviesen de acuerdo en una serie de principios fundamentales: reconocer la utilidad como norma moral y política y aceptar unos cuantos corolarios principales que se derivaban de la filosofía que yo había adoptado»⁸⁷³. La Sociedad Utilitaria se reunía quincenalmente en la casa de Bentham. Nunca llegaron a ser más de diez socios y finalmente se desintegró en 1826. En sus tres años y medio de existencia, la Sociedad reunió a jóvenes amigos de Mill cercanos a las ideas utilitaristas, entre otros, W. Prescott, J.A. Roebuck, W.E. Tooke, W. Ellis, G.J. Graham, G. Grote, H. Grant, H. Cole y E.L. Bulwer. Todos ellos compartieron simpatías por el *radicalismo filosófico*: defendían la libertad en economía, propugnaban reformas en el derecho civil y penal, cambios en el sistema parlamentario, creían en las bondades de un gobierno representativo, ensalzaban la libertad de discusión y de prensa, eran partidarios de la regulación de los monopolios, de la abolición de la esclavitud colonial o del control del crecimiento poblacional:

«El principio de la población de Malthus era la enseña y lazo de unión entre nosotros, en la misma medida en que podían serlo cualquiera de las opiniones de Bentham». Esta gran doctrina nos demostró que «los únicos medios de realizar aquella mejora eran los de asegurar empleo y altos salarios para la totalidad de la población obrera, lo cual sólo podría lograrse a través de una restricción voluntaria del aumento de su número»⁸⁷⁴.

⁸⁷¹ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 41.

⁸⁷² MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 88.

⁸⁷³ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 106.

⁸⁷⁴ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., pp. 129-130.

Al mismo tiempo Mill «se convirtió en la principal figura de la *London Debating Society*, que realizaba debates públicos siguiendo el modelo de la *Cambridge Union Society*. Entre sus miembros no se encontraban solamente los Benthamitas, sino que también participaron un conjunto de Liberales de muy variados matices: Macaulay, Edward Lytton Bulwer, Samuel Wilberforce o Fonblanque. Se hicieron también grandes esfuerzos para asegurar regularmente la presencia de oradores *Torys*. Mill participó con frecuencia en estas reuniones y daba noticia en sus artículos de lo que allí se discutía»⁸⁷⁵. Sus intervenciones y discursos en la Sociedad «le ofrecían la oportunidad de poner en práctica las habilidades de retórica que él tanto había admirado en los oradores clásicos»⁸⁷⁶.

De las personas que ejercen una notable influencia en este periodo de juventud, además de su padre y Jeremy Bentham, destaca la figura del economista David Ricardo (1772-1823) y el jurista John Austin (1790-1859).

Los *Principles of Political Economy and Taxation* (1817) de Ricardo acababan de ser publicados. James Mill empezó a instruir a su hijo en aquella disciplina mediante breves conferencias que le dictaba mientras paseaban. Para evaluar su aprendizaje, John debería entregarle a su padre «un informe sobre lo que había leído y comentando lo mejor que podía las derivaciones que surgían conforme íbamos progresando (...). A estas lecturas sucedieron las de Adam Smith, siendo el objetivo principal de mi padre hacerme aplicar a las teorías de Smith en materia de economía política, más superficiales que las de Ricardo, la superior visión de éste»⁸⁷⁷.

Stuart Mill con quince años conoce a John Austin. Como relata en su *Autobiografía*, durante el invierno de 1821-1822, Austin «tuvo la amabilidad de dejarme estudiar derecho en su compañía. Mi padre, a pesar de aborrecer ese caos de barbarie que se llama derecho inglés, había pensado que la abogacía podía ser para mí una profesión menos mala que cualquier otra; y estas lecturas con Mr. Austin, quien había hecho suyas las mejores ideas de Bentham y les había añadido mucho tomado de otras fuentes y de las propias reflexiones, no sólo fueron una valiosa introducción a los estudios legales, sino también una parte importante de mi educación general»⁸⁷⁸.

⁸⁷⁵ BRITTON K., *John Stuart Mill*, op. cit., p. 15.

⁸⁷⁶ REEVES R., *John Stuart Mill: Victorian Firebrand*, op. cit., p. 46.

⁸⁷⁷ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 61.

⁸⁷⁸ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 92.

En 1823, sin descuidar sus estudios jurídicos, su padre le procuró un puesto de trabajo en la *East India Company*, una profesión que le ocuparía para los treinta y cinco años siguientes de su vida, llegando a ser «el principal director de la correspondencia con la India»⁸⁷⁹. En la Compañía permaneció hasta la disolución de la institución, circunstancia que dio lugar a su jubilación. Pudo compaginar su actividad en la Compañía con su tarea intelectual, disfrutando de la independencia económica necesaria para poder dedicarse con cierta comodidad a sus disquisiciones filosóficas: «Escribir para publicar no es tarea que pueda recomendarse como segura fuente de ingresos a una persona que esté llamada a hacer algo en el campo de las letras o en filosofía»⁸⁸⁰.

De los escritos, escasos, de su adolescencia merecen destacarse los informes que su padre le requería tras sus explicaciones de los *Principles of Political Economy and Taxation* de Ricardo y que luego le sirvieron al propio James Mill de base para la redacción de sus *Elements of Political Economy* (1821). Al terminar sus estudios de Derecho Romano con Austin, resultan también de interés los resúmenes con anotaciones que realizó en 1822 del *Essay Concerning Human Understanding* (1689) de John Locke (1632-1704) y *De l'esprit* (1758) de Claude Adrien Helvétius (1715-1771).

El ritmo de trabajo de aquellos años fue realmente trepidante. Desde 1821 hasta el otoño de 1826, John, con tan solo veinte años, «simultaneaba el envío de sus escritos a los periódicos con la participación en distintos foros de discusión, seguía los cursos de Derecho y estudiaba lógica y filosofía. A partir de 1823 trabajaba además de 10am a 16pm en la *India House*. Caminaba una o dos horas diarias y, al mismo tiempo, iba pensando y discutiendo con su padre o algún amigo. Dedicaba también algún rato del día a enseñar a sus hermanas y hermanos. A menudo tenía incluso que leerle algunos textos en voz alta a su padre»⁸⁸¹.

A pesar de que el propio Stuart Mill echa en falta la ternura de su progenitor⁸⁸², centrado en la férrea disciplina de su hijo, él mismo reconoce que tuvo en su infancia y juventud «una vida tranquila y estudiosa, hecha feliz por cordiales afectos de índole pública y privada»⁸⁸³. El joven John nunca olvidó el momento exacto en que tomó

⁸⁷⁹ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 108.

⁸⁸⁰ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 108.

⁸⁸¹ BORCHARD R., *John Stuart Mill, the Man*, op. cit., p. 27.

⁸⁸² MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 82.

⁸⁸³ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 90.

conciencia de su peculiar circunstancia. Él estaba de pie frente a su padre mirando hacia a Hyde Park Corner. De repente, éste le preguntó:

- « - ¿Te das cuenta, hijo mío, que eres diferente a otros niños?
- John sorprendido le respondió: No, padre.
- ¿Eres consciente de que has aprendido una gran cantidad de cosas que los chicos de tu edad generalmente no saben?
- No, padre.
- Ellos quizás estén obligados a mezclarse con otros niños. Pueden pensar que eso sea bueno. Pero después de toda la molestia que me he tomado para educarte, sería una deshonra para mí si no supieras más que otros que no han tenido tus mismas ventajas. ¿Está claro?
- Sí, bastante claro, padre»⁸⁸⁴.

2.2. Años difíciles y nuevas influencias.

En el otoño de 1826, a los 21 años de edad, Mill padeció lo que él llamó un «estado de depresión nerviosa»⁸⁸⁵ que le llevó a replantearse profundamente ciertos postulados sobre los que sus creencias se asentaban. Mill se preguntó a sí mismo que si «todas tus metas se hubiesen realizado; que todas las transformaciones que tú persigues en las instituciones y en las opiniones pudieran efectuarse en este mismo instante: ¿sería esto motivo de gran alegría y felicidad para ti? Y mi conciencia, sin poder reprimirse, me contestó claramente: ¡No! En este punto mi corazón se abatió y yo con él. Todo el fundamento sobre el que había construido mi vida se había derrumbado»⁸⁸⁶.

Esta crisis mental hizo que Mill se enfrentara a la vida de una manera distinta, desechando algunas ideas que había mantenido hasta entonces y asimilando otras nuevas. Según Gertrude Himmelfarb «aquel incontenible 'No' atestiguaba, de pronto, la incapacidad del utilitarismo de proporcionar una base satisfactoria para su propia vida»⁸⁸⁷. En los años siguientes, «el utilitarista ortodoxo se transformó en un *liberal ecléctico* que no rechazó toda su herencia, pero que la modificó y la combinó con nuevas

⁸⁸⁴ El episodio se narra en BORCHARD R., *John Stuart Mill, the Man*, op. cit., p. 16.

⁸⁸⁵ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 155.

⁸⁸⁶ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 155.

⁸⁸⁷ HIMMELFARB G., "Introduction" a *On Liberty* de J.S. Mill, Gertrude Himmelfarb (ed.), Penguin Books, London, 1974, p. 13.

ideas y métodos de pensamiento, en un mundo que exigía el conocimiento de la verdad desde distintos puntos de vista»⁸⁸⁸.

El exceso de trabajo de su juventud y el ritmo de sus ocupaciones le habrían ocasionado una crisis traumática que «tuvo dos dimensiones interrelacionadas, una psicológica-personal y otra intelectual. El plano personal responde a la necesidad que tuvo Mill de independizarse de su padre (...). No hace falta decir que Mill en su *Autobiografía* apenas hace mención a esta crisis psicológica; más bien, se dedica a explicar por extenso las razones de su desencanto intelectual con el radicalismo (...). Aquella depresión le hizo a Mill tener que llevar una doble vida. Hacia el exterior se mantuvo fiel a los deseos de su padre. Pero inevitablemente sentía en su interior que la lealtad a su padre le hacía expresar puntos de vista que él no compartía realmente»⁸⁸⁹.

Ante la ausencia de amigos que pudieran entenderle o hacer más llevadero su episodio depresivo, Mill encontró refugio en sus libros favoritos, en Byron y en las *Memorias* de Marmontel, en la poesía («los versos del poema de Coleridge titulado *Depresión* -entonces no los conocía- describen mi caso con exactitud»⁸⁹⁰), en la música de Mozart o en el *Oberon* de Weber. En el otoño de 1828, leyó la colección de poemas de Wordsworth (1770-1850) y encontró cierto parecido a su circunstancia: «su lamento era el de un hombre que había agotado todos los placeres y que parecía pensar que la vida, para quienes poseen todo lo que de bueno ella puede ofrecer, debe ser necesariamente esa cosa insípida y carente de interés que yo había experimentado»⁸⁹¹. El resultado fue que, tras cuatro años de crisis, en 1830, «gradualmente logré yo salir por completo de mi depresión habitual»⁸⁹². Carlos Mellizo afirma que el estado depresivo de Mill «nunca llegó a desaparecer por completo»⁸⁹³.

Thomas Carlyle (1795-1881), que conoció a Mill hacia 1831, lo describió en aquél entonces como «un joven delgado, medianamente alto y elegante, de piel clara y nariz recortada y chata, con ojos pequeños y risueños; modesto, notablemente inteligente y con el justo aplomo, entusiasta pero, al mismo tiempo, lúcido y tranquilo. No era una

⁸⁸⁸ GARCÍA AÑÓN J., *John Stuart Mill: Justicia y Derecho*, op. cit., p. 15.

⁸⁸⁹ CAPALDI N., *John Stuart Mill: A Biography*, op. cit., p. 55.

⁸⁹⁰ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 156.

⁸⁹¹ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 167.

⁸⁹² MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 169.

⁸⁹³ MELLIZO C., *La vida privada de John Stuart Mill*, op. cit., p. 17.

eminencia, pero sí claramente un joven valioso y amable»⁸⁹⁴. Para 1840, en apenas diez años, habiendo padecido su primera enfermedad seria, su rostro ya se había visto envejecido prematuramente, perdió casi todo el pelo y había adquirido un tic nervioso en los párpados que lo acompañaría para el resto de su vida. Berlin rescata «su calvicie, sus trajes negros, su expresión seria, sus frases comedidas y su total carencia de sentido del humor»⁸⁹⁵.

En estos años Mill recibió la influencia de corrientes de pensamiento distintas al *radicalismo filosófico* en el que había estado constreñido hasta entonces. La asimilación de estas nuevas ideas dio como resultado «la importante transformación de mis opiniones y de mi carácter»⁸⁹⁶.

Estas experiencias transformadoras se reconducen principalmente a dos cambios operados en el sistema de pensamiento de Stuart Mill. En primer lugar, una filosofía vital en la que «la felicidad es la prueba de todas las reglas de conducta y el fin que se persigue en la vida. Pero ahora pensaba que este fin sólo puede lograrse no haciendo de él la meta directa. Sólo son felices (se me ocurría) los que tienen la mente fijada en algún objeto que no sea su propia felicidad (...). Apuntando hacia otra cosa, encuentran incidentalmente la felicidad (...). Pregúntaos si sois felices y cesaréis de serlo. La única opción es considerar no la felicidad, sino algún otro fin externo a ella, como propósito de nuestra vida»⁸⁹⁷.

El otro cambio importante fue conceder «su lugar apropiado, como una de las primeras necesidades del bienestar humano, al cultivo interno del individuo»⁸⁹⁸. Un criterio sobre la primacía del individuo que «inevitablemente iba a chocar en algunas circunstancias con el utilitarismo, un choque que Mill generalmente eludió, como se ve en *Sobre la libertad*, y que han debatido los especialistas desde entonces. Existe para Mill un círculo en torno a las personas que la mayoría no puede vulnerar, y esa inviolabilidad se parece a un derecho por encima de las leyes»⁸⁹⁹.

Estos cambios no supusieron una ruptura con el entero sistema utilitarista-radical anterior, sino más bien abrirlo a nuevos horizontes y matizar su dogmatismo y rigidez. La

⁸⁹⁴ Cit. en HAYEK F.A., *John Stuart Mill and Harriet Taylor: their friendship and subsequent marriage*, op. cit., p. 29.

⁸⁹⁵ BERLIN I., *John Stuart Mill y los fines de la vida*, op. cit., p. 25.

⁸⁹⁶ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 154.

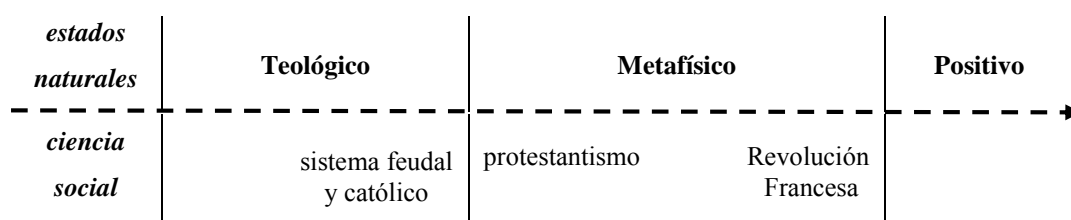
⁸⁹⁷ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 162.

⁸⁹⁸ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 164.

⁸⁹⁹ RODRÍGUEZ BRAUN C., “Estudio preliminar” a *Sobre la libertad* de J.S. Mill, op. cit., p. 27.

base filosófica se mantenía pero había que buscar nuevas defensas para aquellas partes más débiles de la doctrina. Lo que suponía un proceso de reacomodamiento de la ética utilitarista a nuevas corrientes de pensamiento que convertiría a Stuart Mill en «un pensador ecléctico que nunca fue capaz de abandonar la filosofía utilitarista clásica»⁹⁰⁰. Es entonces cuando Mill accede a los sansimonianos, a Comte, Coleridge, Carlyle y Tocqueville. A su vez, la influencia de los románticos (Goethe o Wordsworth como hemos visto) fue muy notable para convertir su individualismo utilitarista en una concepción de la autonomía más abierta y con componentes idealistas.

Las lecturas de las obras de Auguste Comte (1798-1857), quien se confesaba discípulo directo de Saint-Simon, y sus relaciones con los sansimonianos, le proporcionaron a Mill «una concepción más clara de la que jamás había tenido antes sobre las peculiaridades de una transición ideológica»⁹⁰¹. La división comteana de la historia en periodos críticos y orgánicos armonizaba bien con las inquietudes de Mill: «la sucesión natural de tres estados en todos los órdenes del conocimiento humano: primero, el teológico, después el metafísico y, finalmente el estado positivo. La ciencia social debía estar sujeta a la misma ley; que el sistema feudal y católico era la fase final del estado teológico de la ciencia social, que el protestantismo era el comienzo, y las doctrinas de la Revolución Francesa la consumación, del estado metafísico, y que el estado positivo estaba aún por llegar»⁹⁰².



Auguste Comte «influyó notablemente en Mill en los años treinta, con su obra sobre la filosofía positiva, y Mill tomó algunas de sus ideas para completar su teoría de la inducción en *A System of Logic*; la importancia de las instituciones sociales, que también se encontraba en Coleridge, y la necesidad de un desarrollo moral y espiritual para regenerar la sociedad. Sin embargo, no aceptó su concepción de la psicología,

⁹⁰⁰ GRAY J., "Introduction" a *On Liberty and Other Essays* de J.S. Mill, John Gray (ed.), Oxford World's Classics, Oxford University Press, Oxford, 1991 (reimpr. 2008), p. 7.

⁹⁰¹ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 184.

⁹⁰² MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 184.

excesivamente fisiologista, su concepto de sociedad como un ente absoluto superior a los individuos, sus ideas sobre la inferior naturaleza de las mujeres, la prohibición del divorcio... La relación entre ambos se malogró a partir del verano de 1843, porque estas ideas mostraban concepciones diferentes de la naturaleza humana, y esto no solo disgustaba a Mill, sino también a Harriet Taylor»⁹⁰³.

El propio Mill aminora sus deudas intelectuales con Comte al puntualizar que «son menos de las que algunas veces se ha dicho»⁹⁰⁴. Pese a no querer exagerar la influencia que recibió de Comte, Mill reconoce haber «contribuido más que ninguna otra persona a hacer que sus especulaciones fuesen conocidas en Inglaterra»⁹⁰⁵.

Mill asistió, durante el curso 1829-1830, a los cursos de *Jurisprudence* que John Austin impartía en el recién fundado *University College of London*. Fue en ese momento cuando estuvo más receptivo al pensamiento jurídico de Austin. Ambos «coincidíamos en muchos puntos, tanto en lo que se refiere a las nuevas ideas que él había adoptado como en las antiguas que yo había retenido. Como yo, nunca dejó de ser un utilitario; y a pesar de su amor a los alemanes y de la satisfacción que le producía su literatura, nunca llegó a aceptar en lo más mínimo la metafísica de los principios innatos»⁹⁰⁶.

Otras nuevas influencias le fueron llegando por la amistad con el círculo de los *Unitarians* de William Johnson Fox, al que conoció hacia 1824 «a través de sus colaboraciones en la *Westminster Review*»⁹⁰⁷. Él fue quien introdujo a Mill en aquellas reuniones que con relativa frecuencia se organizaban en la casa de los Taylor, a las que también solían asistir Carlyle y John Sterling (1806-1844).

Fox, que sabía de la inquietud intelectual siempre insatisfecha de Harriet, le había insinuado varias veces a ella para que hiciera por conocer al joven John dadas las afinidades que ambos tenían. Así persuadida, «un día a principios de 1830, John y sus amigos Roebuck y Graham, recibieron una invitación de Harriet para una cena en su casa de *Finsbury Square* a las 5pm; Fox y Harriet Martineau, la nueva *protegida* literaria de Fox, también asistieron a la cita. En la cena de los Taylor, John se enfrentó por primera

⁹⁰³ GARCÍA AÑÓN J., *John Stuart Mill: Justicia y Derecho*, op. cit., pp. 16-17.

⁹⁰⁴ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 255.

⁹⁰⁵ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 283.

⁹⁰⁶ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 194.

⁹⁰⁷ MELLIZO C., «Prólogo» a *Autobiografía*, op. cit., p. 9.

vez a esos grandes ojos oscuros, retadores, provocadores, adorables que desde aquel momento le dominaron totalmente para siempre»⁹⁰⁸.

Como reconoce Hayek, «muchacha de la información que tenemos de Mill y Harriet Taylor de los primeros años en que fraguaron su amistad nos llega de segunda mano. Hasta la mitad de la década de 1830, al parecer hicieron poco por ocultar su íntima amistad, hasta que se dieron cuenta de los inevitables chismorreos que habían levantado. Se retiraron entonces casi por completo de todos los círculos sociales»⁹⁰⁹.

El pensamiento conservador y la ortodoxia religiosa de sus amigos John Sterling y Frederick Denison Maurice (1805-1872), seguidores de Coleridge, también tuvieron un cierto influjo en él⁹¹⁰. En 1828, «la *Debating Society* había incluido a ambos entre sus miembros. Eran políticamente radicales pero vehementemente contrarios al Benthamismo»⁹¹¹. Pero la principal influencia de aquellos años fue la de Tocqueville. En la *Democracia en América* «las excelencias de la democracia estaban señaladas de modo más concluyente, por ser un modo específico que cualquier otro que yo había conocido, incluso en los demócratas más entusiastas. Y, al mismo tiempo, los peligros específicos que acechan a la democracia considerada como gobierno de la mayoría numérica era expuestos con igual fuerza»⁹¹². Las relaciones entre ambos autores han sido ampliamente estudiadas, aunque no siempre hay acuerdo sobre el sentido en que operó la influencia de Tocqueville en Mill. La mejor expresión de las ideas de Mill a este respecto puede leerse en sus *Considerations on Representative Government* (1861).

Merece especial atención, por las implicaciones que luego tendrá en el *On Liberty*, el problema de la tiranía de la mayoría en los sistemas democráticos y el encaje gubernamental de la aristocracia. Ambas fueron las principales preocupaciones políticas de este periodo para Stuart Mill. Modificó su ideal de democracia pura, tal y como lo entendían los radicales, y se acercó, como expresa el título de su obra, al *gobierno representativo*. Mill estaba impresionado por la insistencia de Tocqueville en la posible tiranía que podía ejercer la mayoría en el caso de que se dieran las condiciones para la igualdad política. En vez de ver el peligro en la centralización del gobierno lo encontraba

⁹⁰⁸ BORCHARD R., *John Stuart Mill, the Man*, op. cit., p. 46.

⁹⁰⁹ HAYEK F.A., *John Stuart Mill and Harriet Taylor: their friendship and subsequent marriage*, op. cit., p. 79.

⁹¹⁰ Narra su amistad con ambos en MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., pp. 172-176.

⁹¹¹ REEVES R., *John Stuart Mill: Victorian Firebrand*, op. cit., p. 70.

⁹¹² MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 206.

en el menoscabo que pudiera sufrir la originalidad de las personas, su individualidad, su riqueza de carácter, las opiniones de las minorías... Pensaba que la independencia de pensamiento era la principal causa del desarrollo de las potencialidades del ser humano y la única defensa posible frente a aquella tiranía:

«El gran defecto inherente a todo sistema representativo es el de dar todo el poder a la mayoría numérica en lugar de darle tan sólo un poder proporcional a su número, y el de permitir que el partido más fuerte excluya a los partidos más débiles de hacer oír sus opiniones»⁹¹³.

Stuart Mill asistió al embate que recibieron tanto su padre como Bentham por parte de sus adversarios y comprobó como las tesis que ambos mantenían se debilitaban ante los argumentos contrarios. Quizás el ataque más duro de resistir fue el de Macaulay (1800-1859), quién criticó duramente el ensayo *Government* de James Mill porque utilizaba un razonamiento a priori inadecuado para el análisis político y conseguía refutar algunas de las creencias que su padre mantenía sobre la superioridad del gobierno aristocrático frente al democrático. Este ataque le hizo reconocer a Stuart Mill que las críticas a su padre fueron acertadas:

«Apareció en la *Edinburgh Review* el famoso ataque de Macaulay contra el *Ensayo sobre el Gobierno* de mi padre. Aquel artículo me dio mucho que pensar (...). Había verdad en varias de las críticas que se le hacían a mi padre por su tratamiento del asunto; que las premisas en que mi padre se había basado eran realmente demasiado limitadas y sólo incluían un pequeño número de verdades generales de las que en política dependían las consecuencias importantes. La identidad de interés entre los gobernantes y la comunidad no es, en ningún sentido práctico que pueda dársele, la única cosa de la que depende el buen gobierno. Tampoco puede esta identidad de intereses estar asegurada por las meras condiciones electorales. No estaba yo en absoluto satisfecho con el modo en que mi padre había respondido a las críticas de Macaulay»⁹¹⁴.

A partir de este momento se observan en Mill algunos cambios en relación a su concepción del utilitarismo que se constatarían, en 1829, con su abandono de la *Debating Society*. Reconoce haberse cansado de hacer discursos y prefería continuar con sus «meditaciones privadas sin la necesidad inmediata de afirmar sus resultados públicamente»⁹¹⁵.

La muerte de Bentham el 6 de junio de 1832 le haría revisar sus postulados. Estos cambios no supusieron «un alejamiento del utilitarismo. Se trataba de un sentimiento de

⁹¹³ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 267.

⁹¹⁴ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 177.

⁹¹⁵ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 176.

desilusión y un ataque a la forma en que Bentham entendía el principio de utilidad. Su modificación del utilitarismo, entre otras cosas, se centró en el reconocimiento de la existencia de diferencias cualitativas entre los placeres (...). De ahí que posteriormente llegase en *Utilitarianism* a formular la doctrina de los placeres superiores e inferiores, que supone una reelaboración de la de su padre»⁹¹⁶.

A lo largo la década de 1830 estos cambios fueron encontrando acomodo en los esquemas de Stuart Mill:

«Vi que el edificio de mis viejas opiniones aprendidas iba resquebrajándose en muchos lugares, pero nunca dejé que se derrumbara por completo, sino que me esforcé incesantemente en ir rehaciéndolo con nuevos materiales. Nunca, en el curso de esta transición, me satisface con permanecer, siquiera por un corto tiempo, confundido o inseguro. Cuando había incorporado alguna idea nueva, no podía descansar hasta haber ajustado su relación con mis antiguas opiniones; y haberme asegurado exactamente de hasta qué punto su efecto podía modificarlas o anularlas»⁹¹⁷.

En cuanto a la política, «había dejado de considerar la democracia parlamentaria como un principio absoluto y la miraba ahora como algo que dependía de los tiempos, del lugar y las circunstancias»⁹¹⁸. Stuart Mill reconoce seguir siendo, igual que siempre, un radical y un demócrata para Europa. Pensaba que «el predominio de las clases aristocráticas -nobles y ricos- en la Constitución inglesa era un mal cuya eliminación merecía cualquier esfuerzo»⁹¹⁹. Para ello Mill se basaba en dos argumentos. En primer lugar, porque hacía de la conducta del gobierno un ejemplo de gran inmoralidad pública, al hacer predominar en el Estado los intereses privados sobre los intereses públicos, y por el abuso del poder legislativo al favorecer a una clase determinada. En segundo lugar, porque la riqueza se convertiría en el único signo que la masa respetaría, y la vida del pueblo estaría sobre todo orientada hacia su consecución. Pensaba Stuart Mill que «mientras las clases sociales más altas y más ricas ostentaran el poder de gobernar, la educación y la mejora de la masa del pueblo sería algo contrario a los intereses de esas clases dominantes porque tendería a dar al pueblo más poder para liberarse del yugo. Pero si la democracia obtuviese una amplia y quizá principal participación en el poder

⁹¹⁶ GARCÍA AÑÓN J., *John Stuart Mill: Justicia y Derecho*, op. cit., p. 21.

⁹¹⁷ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 176.

⁹¹⁸ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 188.

⁹¹⁹ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 189.

gobernante, sería del interés de las clases opulentas el promover la educación del pueblo para así evitar graves errores»⁹²⁰.

Mill continuó siendo un ardiente defensor de las instituciones democráticas y anheló que «el owenismo, el sansimonianismo y todas las demás doctrinas en contra de la propiedad privada se extendieran rápidamente entre las clases más pobres, no porque pensara que esas doctrinas fuesen verdaderas, ni porque deseara que se pusieran en práctica, sino porque ése era el modo de que las clases más altas viesan que tenían más que temer de las clases pobres cuando éstas estaban ineducadas que cuando estaban educadas»⁹²¹.

La idea de Mill de la «fundación de un periódico que fuese órgano de expresión del radicalismo filosófico»⁹²² se cumplió con la creación de la *London Review* en abril de 1835 y, al unirse al año siguiente con la revista *Westminster*, dio lugar a la *London and Westminster Review*. Sería su editor hasta 1840: «el número de la revista que contenía el artículo sobre Coleridge fue el último que se publicó mientras yo fui su propietario. En la primavera de 1840 traspasé la revista»⁹²³.

Tras dejar la revista se dedicó a completar el *System of Logic* que se publicó en 1843. Su *Lógica* refleja el espíritu de este periodo de *polifacetismo*⁹²⁴, ya que en ella intentaba dar cabida a todos los intelectuales y opiniones, por dispares que fuesen sus ideologías.

Su padre James Mill muere el 23 de junio de 1836, víctima de una tuberculosis pulmonar. Alexander Bain, que en 1882 publicó las dos primeras biografías tanto del padre⁹²⁵ como del hijo de los que era amigo personal, recordaba que «James Mill decía que su mayor contribución al progreso humano fue su hijo, a quien él educó para ser su compañero de trabajo y digno sucesor»⁹²⁶. Fue tras el fallecimiento de su padre, y el de Bentham que ya había ocurrido en 1832, cuando Stuart Mill se encontró con la libertad suficiente para expresar sus opiniones sobre ellos. Tras la muerte de Bentham había comenzado su ataque contra el benthamismo en *Remarks on Bentham's Philosophy*,

⁹²⁰ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 188.

⁹²¹ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 190.

⁹²² MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 213.

⁹²³ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 231.

⁹²⁴ Carlos Mellizo emparenta esta expresión con el *perspectivismo* de Ortega, en MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 182.

⁹²⁵ BAIN A., *James Mill: A Biography*, Logmans, Green & Co, London, 1882.

⁹²⁶ BAIN A., *John Stuart Mill. A Criticism: with Personal Recollections*, op. cit., p. 1.

publicado anónimamente en 1833 como un apéndice al libro *England and the English* de su amigo Edward Lytton Bulwer. Se trataba de una «exposición crítica de la filosofía de Bentham» que mostraba «por primera vez el lado favorable, así como la parte desfavorable, de mi estimación de las doctrinas de Bentham»⁹²⁷.

Más tarde, sus artículos *On Bentham* (1838) y *On Coleridge* (1840) reflejan la postura ecléctica de Mill tras la superación de su inicial utilitarismo benthamita. En estos trabajos «Mill estaba claramente esforzándose por recuperar un sistema de ética utilitarista mientras rechazaba los aspectos del sistema de Bentham que él no podía tolerar. Por consiguiente había gran admiración por Bentham a la vez que una aguda crítica»⁹²⁸.

2.3. Amor y éxito en la madurez.

Esta etapa la podemos caracterizar por la influencia de su esposa y por una moderación en lo que hubo de excesivo en su reacción contra el benthamismo. No hubo en Mill «una transformación en sentido diametralmente opuesto al marcado por sus primeras convicciones, sino, más bien, una progresiva, a veces profunda, evolución de un puñado de ideas que le fueron inculcadas por su padre y por Bentham en su infancia y juventud. El signo *fundamental* de su pensamiento permaneció básicamente invariable hasta el fin, y estuvo presidido por la idea liberal, el principio de la igualdad y por la dinámica del progreso»⁹²⁹.

Se ha escrito mucho, con rigor y seriedad variables, sobre la influencia de Harriet Taylor en la obra de Mill, negándola o dándole excesiva importancia. Para Carlos Mellizo «no hay evidencia válida que muestre que la influencia de Harriet produjese hondas, precisas y significativas transformaciones en el pensamiento del filósofo»⁹³⁰. Tampoco hay que descuidar el dato de que un *affaire* como el de ambos en la Inglaterra victoriana de mediados del siglo XIX bien pudo merecer ciertos reproches morales por las circunstancias que rodearon a la pareja⁹³¹. Quizás una postura intermedia, como la de la

⁹²⁷ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 212.

⁹²⁸ GARCÍA AÑÓN J., *John Stuart Mill: Justicia y Derecho*, op. cit., p. 29.

⁹²⁹ MELLIZO C., «Prólogo» a *Autobiografía*, op. cit., p. 19.

⁹³⁰ MELLIZO C., *La vida privada de John Stuart Mill*, op. cit., p. 10.

⁹³¹ La relación de ambos «pronto se convertiría en una fuente de habladurías y chismorreos, más aún si consideramos el genuino morbo que producía el hecho de que *la máquina de pensar* estaba

profesora Esperanza Guisán, sea lo más acertado para valorar la relación intelectual y sentimental en sus justos términos: «la crítica en general tiende a considerar que el talento de la esposa de Mill fue algo que escapó a la apreciación de todos, exceptuando su marido. En cualquier caso, cabría alegar a favor de la señora Taylor que si bien no puede ser considerada coautora de las obras mencionadas por Mill, sí supo crear en John Stuart Mill la ilusión de que era posible encontrar en un ser humano la feliz conjunción de la sensibilidad y la inteligencia, la benevolencia y la lucha por las libertades»⁹³².

El propio Mill reconoce la influencia de Taylor en sus escritos cuando indica que «no fueron la obra de una sola mente, sino de la fusión de los dos, una de las cuales fue tan preeminentemente práctica en sus juicios y percepciones de las cosas presentes como elevada y decidida en sus anticipaciones de un futuro remoto»⁹³³. Confiesa que «todos mis escritos publicados son tanto obra mía como suya» y lo que en ellos «haya de valioso provino de ella»⁹³⁴.

A finales del verano de 1848 Stuart Mill sufrió un grave accidente. Paseando por Hyde Park tropezó y se fracturó la cadera. La caída le dejó inmovilizado durante varios meses. Lo peor fue que el yeso de belladona que le aplicaron le afectó a los ojos y durante un año perdió la vista casi totalmente. Ello le impidió mantener el hábito de sus lecturas y también tuvo que interrumpir los frecuentes viajes que realizaba a Francia para visitar a Harriet.

La señora Taylor «era una persona de muchas lecturas y partidaria del feminismo y el socialismo; Mill le atribuyó toda clase de méritos intelectuales y una abrumadora influencia sobre sus propias ideas»⁹³⁵. Parece que «personal e intelectualmente ella era muy distinta a Mill. Fueron quizá esas diferencias las que le atraieron de ella. Harriet representaba todo lo contrario al utilitarismo y en ella encontraba lo que le faltaba a su propio carácter. Sus pocos escritos de juventud revelan una mente romántica, intuitiva, apasionada en las opiniones e impaciente en la discusión. Escribió poesía, de estilo bohemio, y expresaba puntos de vista “avanzados” sobre temas sentimentales, sobre el matrimonio, el divorcio o la situación de la mujer»⁹³⁶. Era una dama competente y

desesperadamente enamorado de una mujer de principios feministas y comunistas pero casada”, DE MIGUEL A., “Introducción” a *John Stuart Mill. Sobre el voto y la prostitución*, op. cit., p. 16.

⁹³² GUISÁN E., “El Utilitarismo”, en *Historia de la Ética*, op. cit., pp. 484-485.

⁹³³ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 203.

⁹³⁴ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 254.

⁹³⁵ RODRÍGUEZ BRAUN C., “Estudio preliminar” a *Sobre la libertad* de J.S. Mill, op. cit., p. 30.

⁹³⁶ HIMMELFARB G., “Introduction” a *On Liberty* de J.S. Mill, op. cit., p. 17.

«gracias a su matrimonio con Taylor, alcanzó autoridad y dignidad. Tenía gustos exquisitos y extremadamente caros. Pero el joven Taylor satisfacía sus deseos»⁹³⁷. Quizás la descripción física más adecuada de ella sea la que plasmó Carlyle en una sola frase: «pálida, apasionada y de mirada triste, la viva imagen de una heroína de novela romántica»⁹³⁸. Algunos biógrafos hablan de una afección espinal en Harriet Taylor cuando ésta no había salido aún de su primera juventud. Ello la obligó a permanecer tendida en cama durante años. Cuando al fin pudo andar de nuevo, quedó en ella un resto de cojera que habría de acompañarla durante el resto de su vida. A decir de Ruth Borchard, Harriet Taylor «se sometería en su madurez a dos operaciones» relacionadas con esta limitación física⁹³⁹. Pero la enfermedad que verdaderamente condicionó la mayor parte de su corta vida -Harriet murió a los cincuenta años- fue una tuberculosis pulmonar.

Harriet Hardy se había casado el 14 de marzo de 1826, con apenas veinte años, con John Taylor. Él era «un Radical convencido que dedicó gran parte de su vida a las actividades públicas»⁹⁴⁰. De aquél matrimonio nacerían tres hijos⁹⁴¹. John Taylor murió a causa de un cáncer en julio de 1849. De él dice Mill que era un «hombre de la máxima rectitud, noble y honorable, de ideas liberales y buena educación, pero sin los gustos intelectuales o artísticos que podrían haberle hecho el compañero idóneo para ella»⁹⁴².

Mill había conocido a Harriet, recordemos, a través de Fox «en 1830, cuando yo tenía veinticinco, y ella veintitrés años»⁹⁴³. Desde entonces mantuvieron una especie de *ménage a trois*⁹⁴⁴ en el que los dos Johns se disputaron, platónicamente, el amor de Harriet. El padre de Mill «censuró a su hijo por estar enamorado de la mujer de otro

⁹³⁷ BORCHARD R., *John Stuart Mill, the Man*, op. cit., p. 40.

⁹³⁸ Cit. en BORCHARD R., *John Stuart Mill, the Man*, op. cit., p. 45.

⁹³⁹ BORCHARD R., *John Stuart Mill, the Man*, op. cit., p. 115.

⁹⁴⁰ BORCHARD R., *John Stuart Mill, the Man*, op. cit., p. 39.

⁹⁴¹ El primero de ellos, Herbert, nació al año siguiente del matrimonio y su segundo hijo, Algernon (apodado familiarmente Haji), en 1830. La pequeña Helen no nacería hasta el 31 de julio de 1831 (según Hayek, el 27 de julio, en *John Stuart Mill and Harriet Taylor: their friendship and subsequent marriage*, op. cit., p. 25). Cuenta Borchard que “desde que Helen fue concebida y durante el embarazo, Harriet se fue haciendo consciente de su atracción por Mill. De una manera simbólica, el nacimiento de aquella hija sirvió para blindar la relación entre su madre y Mill de la censura pública”, BORCHARD R., *John Stuart Mill, the Man*, op. cit., p. 49.

⁹⁴² MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 201. Nos puede parecer sarcástico que el propio Mill le dedicara al marido de su amada sus *Principles of Political Economy* (publicados en abril de 1848). En la primera página del libro se leía una sentida dedicatoria al señor John Taylor. La dedicatoria sólo aparecería en un número limitado de ejemplares iniciales que se regalaron. Ello lo cuenta BORCHARD R., *John Stuart Mill, the Man*, op. cit., p. 94, y también REEVES R., *John Stuart Mill: Victorian Firebrand*, op. cit., p. 205.

⁹⁴³ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 200.

⁹⁴⁴ La expresión es de MELLIZO C., “Prólogo” a *Autobiografía*, op. cit., p. 11.

hombre»⁹⁴⁵. En uno de sus frecuentes viajes a París, donde ambos se encontraban furtivamente para vivir su idilio a espaldas de John Taylor y alejados de los ojos chismosos de la sociedad inglesa, Mill «escribió a su amigo Fox, mostrándole su entusiasmo por la relación sentimental que mantenía. Pero en esa misma carta a Fox, Mill le aclaraba: “Estoy feliz, pero no *tan* feliz como cuando el futuro parecía más seguro” (...). Harriet claramente admiraba y amaba a Mill. Pero ella no tenía opciones fáciles. Divorciarse de Taylor requería un *Act of Parliament* y las mujeres separadas o divorciadas no tenían derecho alguno sobre sus hijos, que permanecerían bajo la custodia del padre bajo cualquier circunstancia»⁹⁴⁶. F.A. Hayek, que tanto ha aportado al conocimiento de lo que fue la vida de Harriet Taylor en aquella época de recién casada y de joven madre, afirma no haber razón para dudar que las primeras fisuras en el matrimonio tuvieron ya lugar antes de que Mill apareciese en escena.

Habiendo enviudado Harriet y tras una amistad de veinte años, calificada por Mill de *íntima* o *confidencial*, se casa con «la dama cuya incomparable valía había hecho de mi amistad con ella la fuente principal de mi felicidad y de mi progreso»⁹⁴⁷. No tuvieron hijos, aunque la hija menor de Harriet, Helen, de su anterior matrimonio, viviría con ellos.

La boda se celebraría el 21 de abril de 1851 en el *Register Office at Melcombe Regis* en la más estricta intimidad. Solo dos de los hijos de Harriet, Algernon y Helen, asistieron a la ceremonia y actuaron como testigos. Esta unión matrimonial «si bien fue la mayor fuente de felicidad para ambos, también supuso desafortunadamente el alejamiento entre Mill y su madre y hermanas»⁹⁴⁸. Durante algunos meses después del enlace «Mill siguió viviendo en Kesington, mientras que Harriet y Helen buscaban una

⁹⁴⁵ MELLIZO C., *La vida privada de John Stuart Mill*, op. cit., p. 39.

⁹⁴⁶ REEVES R., *John Stuart Mill: Victorian Firebrand*, op. cit., pp. 91 y 92.

⁹⁴⁷ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 250

⁹⁴⁸ BRITTON K., *John Stuart Mill*, op. cit., p. 36. El conflicto familiar originado por el casamiento entre Mill y Harriet queda bien patente en el encendido intercambio epistolar que mantienen los parientes. Dichas misivas se traducen en MELLIZO C., *La vida privada de John Stuart Mill*, cap. IV: Desavenencias entre hermanos, op. cit., pp. 63-88. Las cartas son tomadas de HAYEK F.A., *John Stuart Mill and Harriet Taylor: their friendship and subsequent marriage*, op. cit., en las pp. 175-181. El hermano menor de Mill, George Grote, le escribió a Harriet haciéndole saber su disgusto sobre el enlace y ésta le contestó desairada. Stuart Mill escribió a su hermano George Grote reprochándole el desprecio mostrado hacia su esposa. Grote, a su vez, le escribe al hijo de Harriet, Algernon Taylor. Las hermanas de Mill, Clara Esther y Harriet Isabella, recriminan a su hermano la falta de cortesía. Mill traslada a su madre la situación en los siguientes términos: “5 de marzo de 1852, *India House*. Querida madre. Ayer recibí dos cartas estúpidas de mis hermanas Clara y Harriet llenas de vagas acusaciones sin fundamento. Dicen que cuando usted vino a visitarme a la *India House* el lunes, yo le reproché la descortesía que usted mostraba hacia mi esposa. Yo no hice tal cosa (...)”, HAYEK, p. 181 y MELLIZO, p. 84.

casa confortable para los tres. En septiembre se trasladaron a la casa de *Blackheath Park*»⁹⁴⁹ (un distrito rural en las cercanías de Londres).

Al año siguiente de su boda a ambos les aquejó la tuberculosis, lo que les hizo cambiar sus costumbres y alternar su residencia entre Francia e Italia «ya que los frecuentes viajes al continente para visitar a importantes médicos ayudaron sin duda a Mill y Harriet (...). Mill padeció todos los síntomas de la tisis: tos persistente, sangre en sus vías respiratorias y unos procesos febriles nocturnos con abundante sudoración. En 1854, Mill visitó al Dr. Sir James Clark, médico de la Reina Victoria, quien le advirtió que tenía una enfermedad incurable»⁹⁵⁰.

Aunque tampoco es este lugar para abordar un tema como el de la vida sexual de Stuart Mill, sí se debe dejar mención del halo de misterio (o confusión) que aún hoy rodea a esta cuestión. Es un apunte singular en la biografía de un hombre igualmente singular, que no dejó indiferente a nadie tampoco en este aspecto tan controvertido y sensacionalista. Los pasajes biográficos (no autobiográficos) dedicados a esta cuestión han contribuido a forjar el mito sobre la vida sexual del filósofo londinense, donde se mezcla una nada disimulada atracción física hacia Harriet combinada, en cambio, con una admiración espiritual, literaria, platónica, casi mística, que le alejaba de cualquier bajo instinto. Alexander Bain escribió que «en los llamados sentimientos sexuales la vida de Mill estaba por debajo de la media» y que «él dejaba ver lo que le costaba controlar su apetito sexual»⁹⁵¹. El primer biógrafo moderno de Mill, Michael Packe, estaba «bastante seguro de que nunca se fueron juntos a la cama»⁹⁵². Una biógrafa contemporánea de Harriet, Jo Ellen Jacobs, sugiere que ambos nunca tuvieron sexo, ya que Harriet había sido infectada de sífilis por su marido. Jacobs apunta que «Harriet y John habrían tenido relaciones sexuales si las hubieran podido mantener de un modo seguro. Por desgracia, no fue así»⁹⁵³. Carlos Mellizo también considera «muy posible que el matrimonio entre Mill y su amada no llegara jamás a consumarse»⁹⁵⁴. Es un hecho que Mill y Harriet permanecieron sin hijos después de su matrimonio, teniendo además en cuenta que

⁹⁴⁹ BORCHARD R., *John Stuart Mill, the Man*, op. cit., p. 108.

⁹⁵⁰ CAPALDI N., *John Stuart Mill: A Biography*, op. cit., p. 233.

⁹⁵¹ BAIN A., *John Stuart Mill. A Criticism: with Personal Recollections*, op. cit., p. 149.

⁹⁵² M. ST. JOHN PACKE, *The life of John Stuart Mill*, op. cit., p. 317.

⁹⁵³ JACOBS J.E., *The voice of Harriet Taylor Mill*, Indiana University Press, Indianapolis, 2002, p. 144.

⁹⁵⁴ MELLIZO C., *La vida privada de John Stuart Mill*, op. cit., p. 20.

Harriet ya tenía cuarenta y tres años para aquel entonces. Dadas sus edades y la teoría de la sífilis, «se puede llegar a la conclusión más que probable de que Mill murió virgen»⁹⁵⁵.

Fueron años fecundos para la producción bibliográfica de Stuart Mill: *On Liberty*, *Utilitarianism*, *Representative Government*, *Subjection of Women*, *Chapters on Socialism*... que salieron a la luz tras la muerte de Harriet e incluso después de la de Mill. Estas obras habían sido planteadas con su esposa en un listado de materias que irían trabajando juntos.

Mill alcanzó fama y reconocimiento. Se convirtió «en el inglés más reconocido en el extranjero. La Inglaterra Victoriana era el centro intelectual del continente; a Londres llegaban más estudiantes extranjeros que al resto de países occidentales juntos. Mill se convirtió en una fuente de inspiración para todo el mundo»⁹⁵⁶.

En marzo de 1856 Mill es nombrado *Chief Examiner of India Correspondence* de la *India House*, con categoría de Secretario de Estado. Tras las revueltas en la India y la disolución de la Compañía a finales de 1857 fue invitado por el Primer Ministro Lord Palmerston a formar parte del nuevo comité institucional. Sin embargo declinó el ofrecimiento y se jubiló.

El 3 de noviembre de 1858, siete años y medio después de casarse, la muerte de Harriet, «en Avignon, de camino a Montpellier, como resultado de un repentino ataque de congestión pulmonar»⁹⁵⁷, supuso un duro golpe para Stuart Mill, no solo desde el punto de vista personal sino también profesional. Una gran cantidad de temas y proyectos sobre los que tenían previsto trabajar ya se quedarían pendientes para siempre. Mill quedó al cuidado de su hijastra, Helen Taylor, a la que dedica afectuosos elogios en la *Autobiografía* por ser portadora del espíritu de su madre. Con ella conviviría por temporadas en Avignon para estar cerca de la tumba de Harriet⁹⁵⁸.

Así se sinceraba John Stuart Mill, pocos días después de fallecer su esposa, con su amigo y compañero de la *India House* W.T. Thornton (que llegó a ser *Senior*

⁹⁵⁵ REEVES R., *John Stuart Mill: Victorian Firebrand*, op. cit., p. 153.

⁹⁵⁶ BORCHARD R., *John Stuart Mill, the Man*, op. cit., p. 97.

⁹⁵⁷ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 253. Cuenta Borchard que “Harriet murió en una habitación de hotel”, BORCHARD R., *John Stuart Mill, the Man*, op. cit., p. 124. Y a ello añade Capaldi que “Mill compró los muebles de la habitación del *Hôtel de l'Europe* en la que Harriet había muerto, un hotel que había sido uno de sus favoritos”, CAPALDI N., *John Stuart Mill: A Biography*, op. cit., p. 247.

⁹⁵⁸ El romántico y extenso epitafio que Mill mandó a esculpir en mármol de Carrara sobre la lápida de Harriet puede leerse en BORCHARD R., *John Stuart Mill, the Man*, op. cit., p. 125 y en HAYEK F.A., *John Stuart Mill and Harriet Taylor: their friendship and subsequent marriage*, op. cit., p. 267.

Administrator at Examiner's Office por recomendación de John cuando el puesto quedó vacante tras la muerte de su padre James Mill):

«Avignon, 9 Noviembre 1858. La esperanza con la que comencé este viaje ha sido fatalmente frustrada. Mi esposa, la compañera de todos mis sentimientos, la referencia de mis mejores pensamientos, la guía de todas mis acciones, ha muerto! Enfermó en este lugar de un virulento ataque de bronquitis y de congestión pulmonar. Los médicos no pudieron hacer nada por ella»⁹⁵⁹.

La obra más popular de Mill, *On Liberty*, fue un trabajo profundamente influido por su esposa:

«*La Libertad* fue un trabajo conjunto, más directa y literalmente producido por los dos que ninguna otra cosa que lleve mi nombre. No hay en esa obra ni una sola frase que ella y yo no revisáramos juntos varias veces, le diéramos mil vueltas y la expurgáramos cuidadosamente de cualquier falta, tanto de contenido como de expresión, que detectáramos en ella. Como consecuencia de esto, ese trabajo, aunque nunca pudo ella darle la revisión final, supera con mucho, como simple ejemplo de composición, cualquier otra cosa que haya procedido de mí, ni anterior ni posteriormente. Por lo que se refiere al contenido, es difícil identificar qué parte o elemento en particular es más de ella que el resto. Todo el estilo de pensamiento de que el libro es expresión fue enfáticamente suyo. Pero estaba yo tan hondamente influenciado por él, que los mismos pensamientos se nos ocurrían naturalmente a los dos. Sin embargo, el que yo estuviera tan compenetrado con ese modo de pensar se lo debo en gran medida a ella»⁹⁶⁰.

Mill acabó la primera versión del *On Liberty* en enero de 1854 y desde entonces, y hasta la muerte de Harriet en 1858, fue revisada y reescrita con ella: «la revisión final tenía que haberse efectuado en el invierno de 1858-1859 -justo después de mi jubilación-, que habíamos planeado pasar en el sur de Europa. Esta esperanza, como todas las demás, se frustró por culpa de la inesperada y amarga calamidad de la muerte de mi esposa»⁹⁶¹.

En 1865 es nombrado *Lord Rector of St. Andrews University*⁹⁶². Y en marzo de aquel mismo año recibió una solicitud para que se presentase como candidato al Parlamento con los *whigs* en las siguientes elecciones por la circunscripción de Westminster. Resultó elegido en los comicios del 12 de julio de 1865 junto con Grosvenor, comenzando las sesiones en febrero de 1866. El Primer Ministro era Lord

⁹⁵⁹ HAYEK F.A., *John Stuart Mill and Harriet Taylor: their friendship and subsequent marriage*, op. cit., p. 263.

⁹⁶⁰ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., pp. 260-261.

⁹⁶¹ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., pp. 252-253.

⁹⁶² La designación fue especial, cuenta Capaldi, porque “aunque fuera reconocido como el más ilustre filósofo británico del siglo XIX y uno de los grandes intelectuales de su tiempo, nunca había estudiado ni fue egresado de ninguna universidad”, CAPALDI N., *John Stuart Mill: A Biography*, op. cit., p. 328.

John Russell, aunque la dirección efectiva del gobierno recaía en Gladstone. Los liberales electos en el Parlamento eran insuficientes para aprobar ciertas propuestas “progresistas” y dependían del apoyo de independientes que, como Mill, votaron reformas incluso con la desaprobación de su propio grupo. Mill, dice su primer biógrafo moderno Michael Packe, «llegó a ser más liberal que los propios Liberales»⁹⁶³. Su acusación contra el Gobernador de Jamaica E.J. Eyre, que le supuso hasta recibir amenazas de asesinato, le hará coincidir en el comité que lo juzgó, como más adelante veremos, con Fitzjames Stephen⁹⁶⁴. Cuenta Richard Reeves que «James Fitzjames Stephen, actuando ante el *Comité de Jamaica*, no pudo demostrar ante el tribunal la culpabilidad del Gobernador y éste quedó libre. El Comité solicitó al Fiscal General, el Tory John Rolt, una nueva celebración del juicio, petición que no prosperó. En enero de 1868, Eyre tuvo suficiente confianza para regresar a Londres y descaradamente informó al *Comité de Jamaica* de su presencia en la ciudad. Stephen desaconsejó seguir persiguiendo al Gobernador Eyre y Mill, favorable a mantener la acusación, lo separó como abogado del Comité. Después de una serie de maniobras legales cada vez más desesperadas, la Comisión finalmente se quedó sin opciones. En julio de 1868 se vio abocada a su disolución»⁹⁶⁵.

También de este periodo son algunas de sus brillantes intervenciones en la Cámara de los Comunes en torno a cuestiones polémicas como el sufragio femenino o la prostitución. Así contestó en 1870 cuando se le interpelló en la Cámara por los notables del reino acerca de las leyes que querían atajar el problema de salud pública que generaba la prostitución debido al contagio de enfermedades de transmisión sexual:

« - William Nathaniel Massey: ¿Considera tal legislación justificable en principio?

- John Stuart Mill: No la considero justificable en principio puesto que me parece opuesta a uno de los más grandes principios de la legislación, la salvaguarda de la libertad personal (...). No creo que forme parte de las competencias del gobierno proporcionar seguridades de antemano contra inmoralidades de cualquier índole (...). El modo de hacerlo es hacer responsable al hombre y no

⁹⁶³ M. ST. JOHN PACKE, *The life of John Stuart Mill*, op. cit., p. 452.

⁹⁶⁴ Su participación en el *Comité de Jamaica* la narra Stuart Mill en su *Autobiografía*, op. cit., pp. 300-303. Resulta llamativo que en su relato no se nombre en ningún momento, si quiera de pasada, a Fitzjames Stephen. Según las declaraciones del propio Stephen y las alusiones que se hacen a este episodio por sus biógrafos, ambos se conocieron y trataron personalmente, sobre todo cuando coincidieron como miembros de aquel *Comité*. En una nota al pie de su *Autobiografía*, op. cit., p. 302, Mill enumera los miembros con los que participó en el *Comité* omitiendo el nombre de Stephen.

⁹⁶⁵ REEVES R., *John Stuart Mill: Victorian Firebrand*, op. cit., p. 381.

a la mujer que no puede tener nada que ver directamente con el contagio a personas completamente inocentes»⁹⁶⁶.

En el otoño de 1868 el Parlamento fue disuelto y después de tres legislaturas «en las nuevas elecciones por el distrito de Westminster fui derrotado»⁹⁶⁷.

En estos años de madurez «Mill dividirá su tiempo entre Londres y Avignon; entre el Parlamento, las relaciones sociales, la escritura de sus artículos y contestar la correspondencia»⁹⁶⁸. Juzga Mellizo que «este último y largo periodo de su vida fue el más fecundo de todos» e incluso se atreve a conjeturar que «fue el más tranquilo y feliz, a pesar de la ausencia de su mujer»⁹⁶⁹. Probablemente la relación más fructífera de Mill en sus últimos años fue su amistad con John Morley, un sagaz periodista londinense. Fué uno de los principales difusores del pensamiento de Mill. En 1867 Morley es nombrado editor de la *Fortnightly Review* que, contando con la orientación de Mill, se convirtió en el diario de cabecera del pensamiento liberal.

Su postura de entonces en relación al utilitarismo se hace patente en el siguiente fragmento de su *Autobiografía*:

«Ya había dado marcha atrás en lo que hubo de excesivo en mi reacción contra el benthamismo. No hay duda de que, cuando esa reacción había alcanzado su punto más alto, me había convertido yo en una persona mucho más indulgente con las opiniones de la sociedad y del mundo; y estaba deseoso de contentarme con dar mi apoyo a las superficiales mejoras que habían empezado a tener lugar en aquellas opiniones comunes, en vez de manifestar abiertamente mis convicciones, tan fundamentalmente diferentes de las suyas en tantísimos puntos. Estaba yo entonces más inclinado -cosa que ahora desapruébo- a silenciar mis opiniones más decididamente heréticas, las cuales considero ahora como casi las únicas capaces de regenerar de algún modo la sociedad. Pero además de esto, nuestras [se refiere a Harriet] opiniones eran ahora mucho más heréticas de lo que habían sido las mías en los días de mi más extremado benthamismo»⁹⁷⁰.

Aquella “marcha atrás” no fue más que una reafirmación de las críticas que ya había formulado al benthamismo, pero reivindicando ahora la importancia de Bentham para el utilitarismo. Este fue el propósito del ensayo *Utilitarianism*. En agosto de 1858 Mill ya tenía acabado este escrito pero la muerte de su esposa retrasó la publicación hasta

⁹⁶⁶ MILL J.S., “Debate sobre las leyes en torno a las enfermedades contagiosas (1870)”, en *John Stuart Mill. Sobre el voto y la prostitución*, Ana de Miguel (ed.), Biblioteca Añil Feminista, ed. Almud, Castilla La Mancha, 2011, pp. 77, 80 y 82.

⁹⁶⁷ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 313.

⁹⁶⁸ BORCHARD R., *John Stuart Mill, the Man*, op. cit., p. 143.

⁹⁶⁹ MELLIZO C., *La vida privada de John Stuart Mill*, op. cit., p. 23.

⁹⁷⁰ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., pp. 240-241.

finales de 1860. Esta obra «fue primero publicada en tres partes, en números sucesivos de la Fraser's Magazine, y después fue reimpressa en un volumen»⁹⁷¹. Aparecen también, en abril de 1861, sus *Considerations on Representative Government*, «una exposición sistematizada de lo que, tras muchos años de reflexión, había llegado yo a considerar como modalidad más adecuada de constitución popular»⁹⁷².

El objetivo que se propone Mill con *Utilitarianism* es modificar la imagen del utilitarismo clásico para librarla de las críticas que padecía. En esta obra, y en *Auguste Comte and positivism* que publicó en el mismo año, el lenguaje de Mill se acerca nuevamente al de James Mill y Bentham. En su obra póstuma *Three Essays on Religion* (1874) reafirma la idea de que «la obra de Comte no reconoce otra religión que la religión de la Humanidad»⁹⁷³ y señala que de existir algo parecido a la “religión de la Humanidad” de Comte sería aquella no sobrenatural cuyo sistema ético fuese el utilitarista.

Mill se caracterizó, como hemos venido viendo, por mantener públicamente puntos de vista que eran impopulares y controvertidos para las clases acomodadas de la sociedad inglesa de la época. La mayoría de sus ideas bien podrían ser las de alguien «que hoy llamamos un disidente»⁹⁷⁴. Eran las de un radical, liberal, avanzado, progresista, secular, democrático, igualitarista, simpatizante del socialismo (o de alguna de sus versiones) y defensor de la emancipación de las mujeres:

«Mi defensa del sufragio femenino y de la representación personal fue entonces juzgada por muchos como una simple fantasía. Pero el progreso que han hecho desde entonces estas ideas, y especialmente la entusiasta reacción que ha tenido lugar en casi todas las partes del Reino a favor del sufragio femenino, han justificado con creces la oportunidad de que se hicieran aquellas declaraciones, y han convertido en triunfo personal algo que en un principio fue asumido por mí como deber moral y social»⁹⁷⁵.

Sobre sus compromisos con las “causas perdidas” subrayó Berlin que «Mill fue, durante toda su vida, el defensor de los herejes, de los apóstatas y los blasfemos, de la libertad y la piedad. Su comportamiento estuvo en absoluta armonía con su

⁹⁷¹ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 274.

⁹⁷² MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 272.

⁹⁷³ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 225.

⁹⁷⁴ MELLIZO C., “Prólogo” a *Autobiografía*, op. cit., p. 27.

⁹⁷⁵ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 292.

pensamiento»⁹⁷⁶. La preocupación de Mill por las injusticias sociales le llevó a coquetear con algunas ideas del movimiento socialista:

«Nuestro [por Harriet] ideal de definitivo progreso iba mucho más allá de la democracia y nos clasificaba decididamente bajo la denominación general de socialistas. Aunque repudiábamos con la máxima energía esa tiranía que ejerce la sociedad sobre los individuos en la mayor parte de los sistemas socialistas, esperábamos que llegaría un tiempo en el que la sociedad no estaría ya dividida entre los desocupados y los industriales»⁹⁷⁷.

Aunque se ha estudiado con extensión la relación de Stuart Mill con el socialismo sin haber pacífico acuerdo en sus conclusiones⁹⁷⁸, Mill habría inaugurado «la respetabilidad doctrinal y académica del socialismo redistributivo, que iba a ser la ideología predominante de todas las posiciones políticas, hasta hoy»⁹⁷⁹. Lo que sí parece claro es que «Mill influyó en el socialismo inglés desde su liberalismo social de las siguientes maneras: a) difundió las ideas socialistas continentales a través de sus escritos; b) les dio importancia al elaborar sus escritos, aunque también mostraba sus reticencias porque hasta entonces no habían sido practicadas o habían llevado a fracasos; c) el contenido del ideario socialista puede encontrarse en el fundamento de su pensamiento desde sus comienzos, teniendo su origen en el movimiento de los radicales. Su simpatía hacia el socialismo proviene de los años treinta y de sus relaciones con los saint-simonianos, Louis Blanc y Auguste Comte. Se ha estudiado mucho las relaciones con Marx, y parece ser que no existió una influencia directa, sino más bien un crecimiento por caminos paralelos diferentes, y en todo caso, Marx sí que leyó y estudió la obra de Mill, aunque no a la inversa. Para Mill el socialismo forma parte de su sentido progresivo

⁹⁷⁶ BERLIN I., *John Stuart Mill y los fines de la vida*, op. cit., p. 20.

⁹⁷⁷ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 242.

⁹⁷⁸ Estudió el tema NEGRO PAVÓN D., “Introducción” a *Capítulos sobre el Socialismo y otros escritos* de J.S. Mill, Orbis, Barcelona, 1985. Y también, del mismo autor, *Liberalismo y socialismo. La encrucijada intelectual de Stuart Mill*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975. Aquí Dalmacio Negro llega a la conclusión de que “el socialismo es la ideología de los intelectuales” del tipo de Mill. Después de los devaneos socialistas de Mill, el liberalismo “clásico” apenas se ha podido mantener firme y “sólo puede apoyarse ahora en nombres tan ilustres, aunque dispersos, como son los de Kant, Hegel, Bentham, Constant, Guizot o Tocqueville, por citar algunos. Todos los cuales tienen poco que ver con lo que se empezó a entender por liberalismo después de Mill”. Fue él quien “socavó las posibilidades del liberalismo al convertirlo en una doctrina que, en el fondo, miraba más al pasado que al presente”, op. cit., pp. 285-286. Para Carlos Mellizo cuando miramos más de cerca el socialismo de Mill encontramos “importantes reservas que también lo apartan del riguroso ideal socialista”, MELLIZO C., “Prólogo” a *Autobiografía*, op. cit., p. 23.

⁹⁷⁹ RODRÍGUEZ BRAUN C., “Estudio preliminar” a *Sobre la libertad* de J.S. Mill, op. cit., p. 29.

de la historia y una aproximación al estadio de desarrollo del ser humano que mantuvo como creencia, más que como ideología»⁹⁸⁰.

Rodríguez Braun, un economista nada dado a veleidades socialistas, ha dicho de Stuart Mill que «el calificativo que mejor le cuadra probablemente sea el de socialista o socialdemócrata en el sentido más moderno de la expresión: una persona que cree profundamente en las libertades civiles y políticas, pero que está dispuesta a aceptar un amplio grado de intervención del Estado en la economía, tanto en el aspecto de la reglamentación de los mercados como en la redistribución de la renta»⁹⁸¹. Las tesis contrarias apuntan, más bien, a «un grave malentendido en lo que significa el “socialismo” de Mill. Hayek supuso, y Gertrude Himmelfarb le siguió, que lo que Harriet y Mill entendieron por “socialismo” era incompatible con una economía de libre mercado. Pero no hay ninguna razón para creer eso. Mill fue un “socialista utópico”»⁹⁸². Un autor, como bien señaló Esperanza Guisán, «abierto por igual a las sugerencias del liberalismo moderno y el socialismo democrático, intentando aunar de forma original las demandas de la libertad y la solidaridad»⁹⁸³.

La defensa de los derechos de las mujeres y de la igualdad de los sexos eran ideas que el propio Mill reconoce que ya se encontraban en su pensamiento antes de conocer a Harriet. Pero sí parece que fue ella quién «estimuló algo que estaba presente en el pensamiento de Mill»⁹⁸⁴ y «a través de Harriet se convirtió de un liberal un tanto sui generis en un socialista sui generis también»⁹⁸⁵. El propio Mill niega que sus «fuertes convicciones acerca de la completa igualdad legal, política, social y doméstica que debería existir entre hombres y mujeres fue algo que adopté o aprendí de ella». A ella le debe «la percepción de las enormes consecuencias prácticas que llevaba consigo esa desigualdad padecida por el sexo femenino (...). De no haber sido por su especial conocimiento de la naturaleza humana y su comprensión de las influencias morales y sociales, y aunque sin duda hubiese yo seguido manteniendo mis ideas sobre el asunto, habría tenido una muy insuficiente percepción del modo en que las consecuencias de la

⁹⁸⁰ GARCÍA AÑÓN J., *John Stuart Mill: Justicia y Derecho*, op. cit., p. 46.

⁹⁸¹ RODRÍGUEZ BRAUN C., “Estudio preliminar” a *Sobre la libertad* de J.S. Mill, op. cit., p. 36.

⁹⁸² CAPALDI N., *John Stuart Mill: A Biography*, op. cit., p. 218.

⁹⁸³ GUISÁN E., *Una ética de libertad y solidaridad: J.S. Mill*, op. cit., p. 9.

⁹⁸⁴ RODRÍGUEZ BRAUN C., “Estudio preliminar” a *Sobre la libertad* de J.S. Mill, op. cit., p. 31.

⁹⁸⁵ GUISÁN E., *Una ética de libertad y solidaridad: J.S. Mill*, op. cit., p. 19. Y añade: “Fue decididamente gracias a ella como John Stuart Mill fue suavizando su liberalismo racional y aproximándose a un *qualified Socialism*”, p. 31.

situación de inferioridad de las mujeres se enlaza con todos los males de la sociedad en su estado actual, y con todas las dificultades que entorpecen el progreso del género humano»⁹⁸⁶.

Mill defendió ante el Parlamento su enmienda por la que reclamaba el derecho al voto de las mujeres el 20 de mayo de 1867. La propuesta salió derrotada por 73 votos a favor y 196 en contra. Aunque no prosperara, se consideró un éxito: Mill había prendido la mecha del movimiento sufragista y el debate sobre la emancipación de la mujer estaba definitivamente abierto. En el agitado año 1869 aparece su *The Subjection of Women*, que había sido escrito ocho años antes. Mill defendía que el progreso moral dependía del derecho al voto femenino y «que las mujeres tenían derecho a estar representadas en el Parlamento del mismo modo que los hombres»⁹⁸⁷.

Marcando el reloj, con puntualidad inglesa, las 7 o'clock a.m. del miércoles 7 de mayo de 1873, a los 67 años de edad, Stuart Mill muere inesperadamente en Avignon tras regresar de una larga expedición botánica a pie por los campos de Orange con su amigo francés Henri Fabre. Al volver de la excursión a casa el 3 de mayo, Mill se sintió destemplado, y dos días después tuvo un fuerte ataque de fiebre que le obligó a guardar cama. El médico del lugar le diagnosticó una erisipela, infección frecuente en Avignon y en sus alrededores debido al terreno pantanoso de la región.

Su biógrafo St. John Packe cuenta que no se difundió la noticia de su fallecimiento y al día siguiente sólo cinco personas (Helen, el Pastor Rey que ofició el funeral y su esposa, y dos amigos médicos, Gurney y Chauffard), bajo una tibia llovizna, acompañaron el féretro desde su casa a la sepultura donde reposaría junto a su esposa Harriet. Pero al llegar a las puertas del cementerio de Saint Veran, en las inmediaciones de Avignon, una multitud se agolpaba para despedir a su vecino más ilustre. Sus últimas palabras, pronunciadas entre murmullos delirantes por las altas fiebres y mirando con los ojos bien abiertos a Helen, habían sido: “sabéis que he cumplido con mi labor”⁹⁸⁸.

⁹⁸⁶ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 256.

⁹⁸⁷ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 288.

⁹⁸⁸ El episodio de su muerte se narra en M. ST. JOHN PACKE, *The life of John Stuart Mill*, op. cit., pp. 507-508; en BORCHARD R., *John Stuart Mill, the Man*, op. cit., p. 148; y en REEVES R., *John Stuart Mill: Victorian Firebrand*, op. cit., p. 480. Cuenta Richard Reeves que “su casa en Avignon fue arrasada en 1961 para dar paso a un horrible bloque de pisos”, p. 486.

3. ON LIBERTY Y EL -nada- SENCILLO PRINCIPIO DEL DAÑO.

El ser humano necesita ejercitar su libertad de acción, esto es, ser libre para configurar su plan de vida, sin someterse al escrutinio de la opinión ajena y vivir como se le antoje mientras no perjudique a los demás. Como señala Capaldi «los seres humanos sólo pueden vivir con dignidad sus vidas cuando son responsablemente dueños de ellas. Para remarcar la importancia de la autonomía individual en la tradición liberal escribió Mill el *On Liberty*»⁹⁸⁹.

El punto de vista de Mill concerniente a esta libertad de acción se expone en la introducción y en los capítulos tercero y cuarto de su ensayo *Sobre la libertad*. Recordemos que Mill destina el capítulo segundo a otra libertad, también fundamental junto a la de acción, como es la de pensamiento y expresión. A nosotros nos interesa la primera versión de esta libertad que Mill denomina *individualidad* y que conecta con la idea de felicidad:

«El libre desenvolvimiento de la individualidad es uno de los principios esenciales del bienestar»⁹⁹⁰.

John Gray lo ha expuesto muy claramente: «encontramos en Mill una potente defensa de los principios liberales que tiene tres características importantes:

En primer lugar, la doctrina de la libertad de Mill se basa en una forma de utilitarismo indirecto en el que hay un espacio importante para ciertos principios entre los que se incluyen los principios de la justicia y los derechos morales. En segundo lugar, la doctrina de la libertad de Mill se basa en su concepción de la felicidad y en su teoría de la individualidad (...). En tercer lugar, la doctrina de la libertad de Mill postula conexiones entre la libertad, el desarrollo personal y la felicidad que no son simplemente causales ni meramente conceptuales. Si su doctrina es satisfactoria, nos mostrará cómo una teoría utilitarista puede basarse en hechos contingentes sobre la vida humana y, sin embargo, no estar sometida constantemente a revisión como consecuencia de cambios en la sociedad que se produzcan en virtud de esa base contingente»⁹⁹¹.

El célebre ensayo de John Stuart Mill *Sobre la libertad* se ha convertido, desde su aparición en febrero de 1859, teniendo su autor 53 años, en un lugar clásico de la discusión

⁹⁸⁹ CAPALDI N., *John Stuart Mill: A Biography*, op. cit., p. 268.

⁹⁹⁰ MILL J.S., *On Liberty*, Parker (John William Parker, ed.), Reino Unido, 1859. El *On Liberty* se contiene en los *Collected Works of John Stuart Mill*, vol. XVIII: *Essays on Politics and Society* (I), pp. 213-310, ed. de J.M. Robson e introd. de A. Brady, University of Toronto Press - Routledge & Kegan Paul, Toronto y Londres, 1977 (hay un total de 33 vols. editados entre 1963 y 1991). Cito por la traducción al castellano de Pablo de Azcárate, *Sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 2013 (3ª ed.), p. 150.

⁹⁹¹ GRAY J., *Mill on Liberty: A Defence*, op. cit., pp. 14-15.

sobre los límites de la acción del Derecho. En ese mismo año vieron la luz *El origen de las especies* de Darwin y la *Contribución a la crítica de la economía política* de Marx. El propio Mill ya auguraba el éxito de su ensayo:

«*Sobre la Libertad* tendrá, probablemente, más valor de permanencia que ninguna de mis otras obras»⁹⁹².

El libro constituye «uno de los mejores alegatos jamás escritos en defensa de la libre condición humana y uno de los pilares fundacionales del pensamiento liberal»⁹⁹³. El *On Liberty* fue «un homenaje a las percepciones de Harriet sobre la autonomía. No es casualidad que el *On Liberty* fuera un tributo a su memoria. Fue el ensayo que mejor muestra el sentido de la autonomía que Harriet procuró transmitir a Mill desde el principio de su relación»⁹⁹⁴. Y, a su vez, también supone «una refutación decisiva de su padre. Si Mill fue víctima de su propio trabajo, como han afirmado algunos críticos, es debido a la falacia en la que le hicieron incurrir los métodos de su padre, intentando reducir un complicadísimo conjunto de fenómenos a una fórmula excesivamente simplista»⁹⁹⁵. Del *On Liberty* ha escrito recientemente el biógrafo contemporáneo de Mill, Richard Reeves, lo siguiente:

«*On Liberty* es la obra más conocida de Mill: todo el mundo que haya leído a Mill ha leído este ensayo (...). Pocos dudan de su condición de obra maestra. Es insuperable su valor como panegírico de la libertad individual y la nobleza de la vida autónoma. Su éxito mismo se debe a que fue considerado -y lo sigue siendo- un libro peligroso, contradictorio, polémico. Leer aisladamente algunos de sus pasajes puede causar incompreensión y ha ocasionado equívocos su lectura precipitada, parcial, tergiversada e interesada, especialmente por parte de la derecha política (...). Amado u odiado, el *On Liberty* es el Nuevo Testamento del liberalismo»⁹⁹⁶.

El Mill del *On Liberty* se nos revela como un firme defensor de la condición humana en su más elevada estima y consideración y «fundó con ello el liberalismo moderno», dice de él Isaiah Berlin. Un brillante pensador en el que «su absoluta dedicación a la causa de la tolerancia y la razón fue ejemplar»⁹⁹⁷. Su referencia es el punto de anclaje desde el que estudiar el valor de la autonomía del individuo y los límites de la acción del Estado. Este ensayo de Mill «evidencia el interés perenne que aún provoca la

⁹⁹² MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 262.

⁹⁹³ GARRIDO M., «Una defensa liberal de la libertad», introducción a *Sobre la libertad* de J.S. Mill, op. cit., p. 10.

⁹⁹⁴ CAPALDI N., *John Stuart Mill: A Biography*, op. cit., p. 292.

⁹⁹⁵ HIMMELFARB G., «Introduction» a *On Liberty* de J.S. Mill, op. cit., p. 16.

⁹⁹⁶ REEVES R., *John Stuart Mill: Victorian Firebrand*, op. cit., pp. 262 y 263.

⁹⁹⁷ BERLIN I., *John Stuart Mill y los fines de la vida*, op. cit., pp. 12 y 13.

reflexión en torno a algunas de las preguntas más fundamentales en la filosofía moral y política»⁹⁹⁸. Los argumentos del *On Liberty* siguen estando en vigor y sus ideas no han perdido un ápice de actualidad:

«Las generaciones actuales, si viven instaladas en un excesivo egoísmo o bajo nuevas formas de despotismo, deben leer el *On Liberty*: encontraremos reflejadas nuestras carencias en él y quedaremos inspirados para seguir luchando por la libertad. El libro es un cántico de alabanza a las personalidades fuertes, audaces e independientes -como la de Harriet- que demuestran tener los héroes enérgicos y originales. Muestra el rechazo al convencionalismo y a las tendencias de uniformidad de la moderna sociedad de masas»⁹⁹⁹.

Desde el principio de su ensayo advierte Mill que el propósito de su indagación no es ocuparse del «llamado libre arbitrio», que obsesionó a los pensadores clásicos, sino

«La libertad social o civil, es decir la naturaleza y los límites del poder que puede ejercer legítimamente la sociedad sobre el individuo»¹⁰⁰⁰.

El tema está alternativa y claramente enunciado: primero la libertad civil y social, de la cual es protagonista el individuo y luego, inversamente, los límites del poder, del cual el individuo suele ser la víctima. Es la cara y la cruz de una misma libertad de acción: el libre desarrollo de la personalidad y los límites al poder para que no entorpezca ese desarrollo, para que sea un desenvolvimiento auténticamente libre. Como bien señala García Añón «con estos límites lo que apreciamos son las fronteras de las intromisiones de lo jurídico en la moral»¹⁰⁰¹.

Es cierto que cuando hablamos de los límites del poder pensamos de inmediato en la autoridad política y sus abusos. Pero el poder que Mill está criticando no es, o no es principalmente, el poder político sino el social. La tiranía contra la cual se rebela Mill en este ensayo no es tanto la tiranía política como la tiranía social o la toqueviliana “tiranía de la mayoría”. En esa dirección apunta Hayek:

«John Stuart Mill en su célebre libro *On Liberty* (1859) dirigió su crítica principalmente contra la intolerancia ideológica más bien que contra el ejercicio del poder estatal»¹⁰⁰².

⁹⁹⁸ GRAY J. y SMITH G.W., “Introduction”, en *J.S. Mill’s On Liberty in Focus*, op. cit., p. 19.

⁹⁹⁹ BORCHARD R., *John Stuart Mill, the Man*, op. cit., p. 117.

¹⁰⁰⁰ MILL J.S., *Sobre la libertad*, op. cit., p. 67.

¹⁰⁰¹ GARCÍA AÑÓN J., *John Stuart Mill: Justicia y Derecho*, op. cit., p. 202.

¹⁰⁰² HAYEK F.A., *Principios de un orden social liberal*, Paloma de la Nuez (ed.), Unión Editorial, Madrid, 2001, p. 68.

El enemigo de la libertad no es, pues, el gobierno sino el peso de la opinión pública. El Estado, en vez de coacción, se presenta como libertad. Es el garante de la libertad de acción. De hecho, «John Stuart Mill creyó resolver la lucha entre libertad y autoridad que es inherente a toda sociedad»¹⁰⁰³. Más que suponer un peligro para la individualidad, el intervencionismo estatal es la posibilidad para su libre desarrollo:

«En *On Liberty* Mill pretende fundamentar un modelo de libertad social según la cual todo individuo debe tener la garantía de que ninguna de sus acciones y decisiones ha de ser entorpecida por ninguna institución ni por ningún individuo siempre y cuando las consecuencias de las mismas no supongan un daño para ninguna otra persona»¹⁰⁰⁴.

La tesis de Mill no es simplemente que debemos ser libres en tanto que no violemos la libertad de los demás, sino que en todo lo que sea *self-regarding* (todo aquello «que no afecta en absoluto a ningún otro más que al propio agente»¹⁰⁰⁵) no debe intervenir la represión política ni social. No es solamente un mandato para que cada uno sea libre, sino un deber de abstención de que los otros nos impidan serlo:

«El principio de la libertad de Mill nos dice que cada persona tiene un *derecho moral* a la libertad si y sólo si su conducta solo le afecta a él mismo. Cabe mencionar que la individualidad o la autonomía significa el poder para -o mejor: la voluntad de poder- elegir lo que uno desea. En otras palabras, la individualidad es el deseo de ejercer la libertad. El principio de la libertad de Mill prescribe la absoluta protección legal y social para la individualidad de cada persona en relación a la esfera que únicamente a ella le concierne»¹⁰⁰⁶.

Pocos textos han tenido más ecos en el debate contemporáneo de la filosofía política que el rotundo enunciado, que sigue mereciendo la pena transcribir, en el que Mill formula «un sencillo principio destinado a regir absolutamente las relaciones de la sociedad con el individuo, en lo que tengan de compulsión o control»¹⁰⁰⁷:

«Este principio consiste en afirmar que el único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entremeta en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros es la propia protección. Que la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera

¹⁰⁰³ DEVLIN P., “Mill On Liberty in Morals”, en *The University of Chicago Law Review*, vol. 32, núm. 2, 1965, p. 215.

¹⁰⁰⁴ CARUNCHO MICHINEL C., *Sobre la libertad. A propósito de la obra de John Stuart Mill*, Eris, La Coruña, 1999, p. 154.

¹⁰⁰⁵ TEN C.L., “Introduction” a *Mill’s Moral, Political and Legal Philosophy*, op. cit., p. xiii.

¹⁰⁰⁶ RILEY J., “One very simple principle”, en *Utilitas*, vol. 3, núm. 1, mayo 1991, p. 33.

¹⁰⁰⁷ MILL J.S., *Sobre la libertad*, op. cit., p. 79.

mejor para él, porque le haría más feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo. Éstas son buenas razones para discutir, razonar y persuadirle, pero no para obligarle o causarle algún perjuicio si obra de manera diferente. Para justificar esto sería preciso pensar que la conducta de la que se trata de disuadirle producía un perjuicio a algún otro. La única parte de la conducta de cada uno por la que él es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que le concierne meramente a él, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano»¹⁰⁰⁸.

La virtualidad de este texto clave de Mill habla por sí sola. Su contenido no es, como nos hace creer su autor, ni *unitario* ni *sencillo*, presentando, por el contrario, *varias* y *profundas* ideas centrales que conviene deslindar en los términos que aquí nos interesan. Una posible reformulación podría ser esta: cuando una acción u omisión *no dañe a otros*, las normas jurídicas no pueden prohibirla o legítimamente imponerla a nadie *contra su voluntad*, y ello aunque su realización u omisión: (a) sea, en la opinión de otros, incluso en la de la mayoría, moralmente adecuada; o (b) sea mejor para quien la lleve a cabo o vaya a hacerle más feliz.

En el primer caso (a) el principio excluye que la opinión moral de la mayoría sea fundamento suficiente para dar contenido a las normas jurídicas; en el segundo (b) que lo sea el bienestar o la felicidad de los destinatarios. En ambos casos lo que se defiende para la esfera de acción que no daña a otros es la pura y simple desregulación, es decir, la libertad en su más inmediato sentido. En contra del primer postulado se encuentra la posición del *moralismo legal*; en contra del segundo, en términos generales, el *paternalismo* y el *perfeccionismo* (más adelante los distinguiremos).

La fortuna del texto de Mill deriva de su defensa radical de la *individualidad* frente a las tendencias autoritaristas o populistas que arrastran hacia el conformismo y la uniformidad. Además su atractivo también reside en el riguroso análisis que se hace de los elementos, argumentos y problemas de una cuestión que seguirá siempre preocupándonos. Su idea de libertad, que fundamenta el principio liberal del individualismo, suele ser considerada como el concepto que nuestras sociedades contemporáneas deberían rescatar. Por decirlo con Victoria Camps:

«Es J.S. Mill quien define la libertad que nuestro tiempo trata de recuperar, la libertad como independencia del poder político y social»¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰⁸ MILL J.S., *Sobre la libertad*, op. cit., p. 80.

¹⁰⁰⁹ CAMPS V., “La inútil idea de la libertad”, en *Revista de Occidente*, núm. 45: dedicado a la ética de la sociedad civil, 1985, pp. 29-46.

El principio de Mill sostiene que evitar un daño a otros es la única razón para obstaculizar la libertad de acción de personas adultas y competentes en una sociedad civilizada. De lo contrario, se invade «una esfera de acción en la cual la sociedad, como distinta del individuo, no tiene, si acaso, más que un interés indirecto, comprensiva de toda aquella parte de la vida y conducta del individuo que no afecta más que a él mismo»¹⁰¹⁰. A la individualidad debe corresponder la parte en la que el individuo es su propio *guardián*, donde existe total libertad en las elecciones que quiera que marquen su existencia. Ello no impide que «tan pronto como una parte de la conducta de una persona afectara perjudicialmente a los intereses de otras, la sociedad tendría jurisdicción sobre ella». Si no se produce tal colisión, no hay lugar para plantear esta cuestión al existir «perfecta libertad -dirá Mill- para ejecutar la acción y afrontar las consecuencias»¹⁰¹¹.

Ante ello, Mill, entusiasta de la libertad en sus máximas manifestaciones, considera que debe existir

«Libertad en nuestros gustos y en la determinación de nuestros propios fines; libertad para trazar el plan de nuestra vida según nuestro propio carácter para obrar como queramos, sujetos a las consecuencias de nuestros actos, sin que nos lo impidan nuestros semejantes en tanto que no les perjudiquemos, aun cuando ellos puedan pensar que nuestra conducta es loca, perversa o equivocada»¹⁰¹².

Para García Añón este principio de libertad «dibujaría un espacio que se caracterizaría por su preservación de la injerencia externa; y en la misma línea, por su preocupación de defensa frente a las decisiones de la mayoría que pudiesen afectar esta esfera, configurándose como un refugio, no solo de atrincheramiento sino de reflexión crítica en relación con la sociedad»¹⁰¹³.

El valor máspreciado que puede configurar el carácter de una persona es su autonomía, la cual se desarrolla con el uso que de ella se hace a través de la reiteración de elecciones personales. Como bien señala la profesora Wendy Donner:

«Los seres humanos no nacen con una individualidad experimentada y desarrollada. De hecho es una cualidad que debe ser alimentada cuidadosamente para poder manifestarse. El desarrollo que

¹⁰¹⁰ MILL J.S., *Sobre la libertad*, op. cit., p. 83.

¹⁰¹¹ MILL J.S., *Sobre la libertad*, op. cit., p. 179.

¹⁰¹² MILL J.S., *Sobre la libertad*, op. cit., p. 84.

¹⁰¹³ GARCÍA AÑÓN J., *John Stuart Mill: Justicia y Derecho*, op. cit., p. 203.

propone Mill para los individuos no se logra a través de cualquier proceso de socialización; sólo aparece cuando las facultades humanas distintivas son permitidas y animadas»¹⁰¹⁴.

Mill defiende «una esfera de no interferencia en la que las personas pueden tomar decisiones autónomas y que es necesaria si se quiere disfrutar de la felicidad. Es en *On Liberty* donde Mill afirma que nuestra naturaleza humana es diversa y compleja y por ello no puede haber una única forma de vida»¹⁰¹⁵. Solo el individuo que elige libremente siguiendo sus propios deseos e impulsos adiestra las habilidades que le confiere su autonomía:

«Las facultades humanas de percepción, juicio, discernimiento, actividad mental y hasta preferencia moral solo se ejercitan cuando se hace una elección. El que hace una cosa cualquiera porque ésa es la costumbre no hace elección ninguna. No gana práctica alguna ni en discernir ni en desear lo que sea mejor. Las potencias mentales y morales, igual que la muscular, solo se mejoran con el uso»¹⁰¹⁶.

En esta idea de individualidad encontramos «rastros inconfundibles de una concepción kantiana de la autonomía, absorbida por Mill (en una variante neo-romántica) a través de Humboldt. A pesar de la ausencia en sus escritos de cualquier uso explícito del vocabulario de la autenticidad y la autonomía, creo que no nos equivocamos si incluimos un ideal de la autonomía personal entre los compromisos más fundamentales de Mill»¹⁰¹⁷. Para C.L. Ten «la libertad es un ingrediente de la individualidad en el que la individualidad consiste, especialmente, en elegir libre y críticamente entre creencias alternativas y planes de vida»¹⁰¹⁸. Cabría preguntarse entonces: «¿qué conexión existe entre libertad e individualidad? La *individualidad* consiste en la *libertad* de elegir. Esta conexión entre libertad e individualidad es interna. Y es similar a la relación que mantiene la individualidad con algunos sentidos de la felicidad»¹⁰¹⁹.

Para Mill «el hombre se diferencia de los animales no tanto por ser poseedor de entendimiento o inventor de instrumentos y métodos como por tener capacidad de elección; por elegir y no ser elegido; por ser jinete y no cabalgadura; por ser buscador de

¹⁰¹⁴ DONNER W., *The Liberal Self. John Stuart Mill's Moral and Political Philosophy*, op. cit., p. 149.

¹⁰¹⁵ GRAY J., "Introduction" a *On Liberty and Other Essays* de J.S. Mill, op. cit., p. 14.

¹⁰¹⁶ MILL J.S., *Sobre la libertad*, op. cit., p. 153.

¹⁰¹⁷ GRAY J., *Mill on Liberty: A Defence*, op. cit., p. 78.

¹⁰¹⁸ TEN C.L., *Mill on Liberty*, op. cit., p. 8.

¹⁰¹⁹ TEN C.L., *Mill on Liberty*, op. cit., p. 73. Sobre este sentido de la felicidad en Mill, en conexión con lo que se debe entender por planes de vida buena que alcanzan la excelencia en el desarrollo humano, siguen siendo interesantes los trabajos de ANDERSON E.S., "John Stuart Mill and Experiments in Living", en *Ethics*, vol. 102, núm. 1, oct. 1991, pp. 4-26; y RILEY J., "Individuality, Custom and Progress", en *Utilitas*, vol. 3, núm. 2, nov. 1991, pp. 217-244.

finés, fines que cada uno persigue a su manera, y no únicamente de medios»¹⁰²⁰. En este sentido, Nicholas Capaldi identificaba dos argumentos que Mill ofrece a favor de la individualidad:

«El primero, que todos los grandes logros de la civilización son producto de las personas que han cultivado su individualidad. Como buen argumento, no atraerá a los seres humanos más mundanos o a aquellos que no aprecian la importancia de las consecuencias a largo plazo de una atmósfera de libertad.

El segundo argumento está diseñado para persuadir a las masas de la importancia de convertirse en los individuos que son capaces de llegar a ser. Y deben hacerlo no porque sean unos genios de manual ni para crear un mundo que fuera seguro para los intelectuales, sino porque la individualidad (i.e., autonomía) es el *summum bonum*. El *On Liberty* de Mill no es una llamada al elitismo. Lo que está reclamando es el reconocimiento de que la tradición liberal promueve el bien más elevado y que ciertas condiciones deben ser reconocidas a ese efecto para que la cultura pueda mantenerse»¹⁰²¹.

La individualidad para Mill consiste, por tanto, en la reflexión para deliberar y tomar en consideración elecciones entre creencias y planes de vida alternativos y, también, para dirigir y llenar de contenido dichas elecciones. Cada persona debería elegir el plan de vida que mejor desarrolle sus potencialidades, sujeto únicamente a las condiciones de su propio desenvolvimiento personal, sin dañar a otros ni entorpecer su desarrollo. El individuo que ejercita su individualidad es «espontáneo, original y toma sus decisiones según deseos firmes que reflejan su carácter y no según lo que marque la moda o costumbre»¹⁰²². Mill «no especifica cómo se descubren las potencialidades de cada uno. Pero estaba convencido de que la libertad y la variedad de situaciones son condiciones necesarias para ese descubrimiento»¹⁰²³. El ejercicio de cualquiera de las libertades en que se manifiesta la individualidad «constituye la forma de vida de un agente autónomo» y su práctica es condición para que una «comunidad pueda ser entendida como una sociedad libre»¹⁰²⁴.

¹⁰²⁰ BERLIN I., *John Stuart Mill y los fines de la vida*, op. cit., p. 18. Y añade Berlin que “cuanto más variadas sean esas formas, tanto más ricas serán las vidas de los hombres; cuanto más amplio sea el campo de intersección entre los individuos, tanto mayores serán las oportunidades de cosas nuevas e inesperadas; cuanto más numerosas sean las posibilidades de alterar su propio carácter hacia una dirección nueva o inexplorada, tanto mayor será el número de caminos que se abrirán ante cada individuo y tanto más amplia será su libertad de acción y de pensamiento”, p. 19.

¹⁰²¹ CAPALDI N., *John Stuart Mill: A Biography*, op. cit., pp. 285-286.

¹⁰²² HAMBURGUER J., *John Stuart Mill On Liberty and Control*, op. cit., p. 149.

¹⁰²³ TEN C.L., *Mill on Liberty*, op. cit., p. 69.

¹⁰²⁴ GRAY J., *Mill on Liberty: A Defence*, op. cit., p. 97.

4. LA ESFERA PRIVADA LIBRE DE INJERENCIAS.

El principio de Mill nos proporcionará un criterio, en apariencia sencillo pero con las dificultades que analizaremos en el último apartado de este capítulo, para diferenciar entre acciones concernientes a otros y acciones que solo afectan a uno mismo. En tanto que las primeras constituyen el objeto propio de la acción jurídico-política, las segundas solo indirectamente interesan a terceros y a la sociedad en su conjunto, por lo que su regulación coactiva constituiría una interferencia indebida e ilegítima en la libertad individual. La sociedad o cualquier otro tercero, que solo manifieste un interés fragmentario o coyuntural sobre aquellas facetas de la esfera privada de otro individuo, «no están autorizados para decir a otra criatura humana de edad madura que no haga de su vida lo que más le convenga en vista de su propio beneficio. Ella es la persona más interesada en su propio bienestar»¹⁰²⁵.

Mill apuesta por una rigurosa limitación del derecho a coaccionar, porque está seguro de que los hombres no pueden desarrollarse y llegar a ser completamente humanos a menos de hallarse libres de interferencias por parte de otros hombres en un área mínima de sus vidas. Lo destacable de «Mill es su apuesta firme por un modelo de libertad que niega, tanto al estado como a la sociedad, el derecho de interferir en la intimidad de los ciudadanos»¹⁰²⁶.

Incluso cuando la intervención jurídica fuera recomendable en aras de la pacífica convivencia, su uso debe ser siempre limitado y constreñido a los asuntos más graves. Pero, al mismo tiempo, «fue Mill cuidadoso remarcando que el argumento, la persuasión y otros métodos no coercitivos para tratar de influir en el individuo podrían ser permitidos»¹⁰²⁷.

¹⁰²⁵ MILL J.S., *Sobre la libertad*, op. cit., p. 180. Nótese el optimismo de Mill en considerar que es el propio individuo el más capacitado, y único legitimado, para la búsqueda de su bienestar, ya que el interés que cualquier otra persona pueda tener en ello es “insignificante comparado con el que él mismo tiene; el interés que la sociedad tiene por él es fragmentario a la vez que indirecto, en tanto que el hombre o la mujer más vulgar tiene, respecto a sus propios sentimientos y circunstancias, medio de conocimiento que superan con mucho a los que puede tener a su disposición cualquier otra persona. La injerencia de la sociedad para dirigir sus juicios y propósitos en lo que tan solo a él concierne tiene que fundarse sobre presunciones generales; las cuales no solo pueden ser falsas, sino que aun siendo verdaderas corren el riesgo de ser equivocadamente aplicadas”, p. 181.

¹⁰²⁶ CARUNCHO MICHINEL C., *Sobre la libertad. A propósito de la obra de John Stuart Mill*, op. cit., p. 22.

¹⁰²⁷ TEN C.L., *Mill on Liberty*, op. cit., p. 3.

Si la conducta desplegada por un individuo le ocasionara a él mismo un perjuicio, sin causar menoscabo a ningún otro, eso es un inconveniente que la sociedad debe consentir en beneficio de dejar lo más intacta posible la libertad humana. La interferencia cede ante el bien superior que supone la libertad del individuo. Es preferible ésta a una intervención que, incluso, hubiera podido evitar el daño autoinfligido. Los errores de haber podido sortear la lesión interviniendo «están compensados con creces por el mal de permitir que los demás le impongan lo que ellos consideran beneficioso para él»¹⁰²⁸. La sociedad puede y debe soportar este inconveniente por amor a ese bien superior que es la libertad humana. Ahora bien, en el sentido inverso, también «se podría imponer una severa restricción de la libertad si con ello se previniera un daño por ínfimo que éste fuera. Y ello es posible porque el Principio no hace mención a la proporción o magnitud de los daños que se deben evitar o prevenir para accionar la restricción de la libertad»¹⁰²⁹.

La libertad que Mill nos propone no sólo es una defensa de la separación entre la esfera privada y la pública, sino que además la salvaguarda de la esfera privada debe quedar garantizada por una regulación jurídica que la proteja y no sea invasiva. Debemos tener en cuenta que la libertad milliana se concretiza a través de sus distintas versiones (de discusión, de pensamiento, de prensa...). Es precisamente el ejercicio de estas libertades el que se ve garantizado por la regulación jurídica. Por una parte, ninguna institución política o social puede dificultar el disfrute de estas libertades por parte de los sujetos particulares, que quedan protegidos a través de la regulación jurídica. Y, por otro lado, esta misma regulación jurídica condiciona el ejercicio de las libertades para evitar abusos que ocasionen un daño a terceros. Sólo así se cumple el principio de Mill que garantiza al individuo su libertad de acción mientras su actuación no cause perjuicio a ningún otro.

El principio del daño cumple la función de proveer un criterio para el ejercicio del poder del Estado y delimitar el alcance y los límites del Derecho, criterio que autoriza a prohibir y castigar acciones como el asesinato, la violación o el robo solamente porque, y en la medida en que, causan daño a otros. Para evaluar el verdadero significado (y el consiguiente alcance polémico) de la tesis de Mill debe, sin embargo, recordarse que el daño o la ofensa lesiva a otros se presenta aquí como condición necesaria de la sanción penal, de manera que, para los defensores de tal principio, solo estas razones justifican la

¹⁰²⁸ MILL J. S., *Sobre la libertad*, op. cit., p. 181.

¹⁰²⁹ GRAY J., "Introduction" a *On Liberty and Other Essays* de J.S. Mill, op. cit., p. 19.

intromisión pública en la libertad de los individuos. Como bien ha señalado el profesor Carlos Thiebaut, para quien Stuart Mill articula la primera formulación liberal de una teoría del daño, «solo serían legítimamente evitables por los poderes públicos aquellas acciones que dañen a otros»¹⁰³⁰.

En consecuencia, Mill y sus partidarios excluyen expresamente como insatisfactorias algunas de las razones que los filósofos morales y políticos han manejado con más frecuencia como buenos motivos para limitar la libertad. Rechazan la interferencia jurídica basada en la consideración de que ciertas acciones son inmorales según las convicciones compartidas mayoritariamente por los miembros de un grupo social o de que minan las creencias y valores que constituyen cultural y valorativamente ese grupo, lo que les enfrenta a los autores encuadrados en lo que hemos denominando *moralismo legal*. También se oponen a la tesis *perfeccionista* según la cual el poder del Estado debe poder ejercerse legítimamente para promover formas de vida moralmente valiosas desde una perspectiva o juicio correcto. Finalmente, el liberalismo situado en la estela de Mill descarta como justificación general y suficiente de la coacción jurídica la prevención de daños al propio agente, supuesto de que se trate de un individuo adulto y competente, lo que le separa del *paternalismo legal*¹⁰³¹. Aunque, en este caso, con matizaciones y cautelas que algunas veces se subestiman en la obra de Mill. Ya que el filósofo londinense en ningún caso se opuso a la intervención estatal en cuanto tal. La consideró favorable en lo que a educación y legislación laboral se refería porque pensó que sin ella los más débiles serían oprimidos y aplastados, y también porque aumentarían las posibilidades de elección para la gran mayoría de los hombres, a costa de limitar las de otros. Es el propio Mill el que, a renglón seguido de enunciar su afamado principio del daño, advierte que «esta doctrina es solo aplicable a seres humanos en la madurez de sus facultades. No hablamos de los niños ni de los jóvenes. Los que están todavía en una situación que exige que sean cuidados por otros deben ser protegidos contra sus propios actos»¹⁰³².

¹⁰³⁰ THIEBAUT C., “La experiencia del daño y su resolución. Una indagación conceptual”, en *Confrontando el mal. Ensayos sobre memoria, violencia y democracia*, Antonio Gómez Ramos y Cristina Sánchez Muñoz (eds.), Plaza y Valdés, Madrid, 1ª ed. 2017, p. 14.

¹⁰³¹ C.L. Ten se ocupa de la crítica paternalista en el cap. 7 de su *Mill On Liberty*, op. cit., pp. 109-123. También es interesante la lectura de BROWN D.G., “More on Self-Enslavement and Paternalism in Mill”, en *Utilitas*, núm. 1, 1989, pp. 144-150; y ARNESON R.J., *Mill versus Paternalism*, op. cit., pp. 470-489.

¹⁰³² MILL J.S., *Sobre la libertad*, op. cit., p. 80.

5. DESPOTISMO DE LA COSTUMBRE Y TIRANÍA DE LA MAYORÍA.

El problema mayor, de cara al progreso social, es el atrofiamiento de la capacidad de elección, la indiferencia y el dejarse llevar por la inercia del «despotismo de la costumbre, que es en todas partes el eterno obstáculo al desenvolvimiento humano»¹⁰³³. Este es «uno de los temas que impregna todo el ensayo: la crítica a los valores morales opresivos de la sociedad victoriana por representar una amenaza para la originalidad y excentricidad individuales, que dan lugar a la uniformidad social y obstaculizan por ende el progreso»¹⁰³⁴. Para Mill, señala Richard Reeves, «el principal enemigo de la libertad individual no era la ley, sino las actitudes de la sociedad. Sostuvo claramente que el ‘despotismo de la costumbre’ puede suponer una amenaza tan fuerte a la libertad como cualquier otra tiranía ejercida desde el Estado»¹⁰³⁵.

Como nos recuerda Gertrude Himmelfarb, en el *On Liberty* Mill expresa su rechazo hacia la sociedad mojigata de la Inglaterra Victoriana que no vería con buenos ojos su situación personal y sentimental:

«Si la sombra de la “sociedad” acechaba la vida de Mill durante su matrimonio, también afecta a aspectos importantes del *On Liberty*, que fue escrito durante ese mismo período. La hostilidad de Mill frente a la sociedad se expresa en este libro mediante la exaltación del individuo, la desconfianza desmesurada a la uniformidad, a las convenciones y a las presiones sociales de todo tipo. Esto no quiere decir que el argumento del libro pueda explicarse en términos de su situación personal; sólo que su situación personal le hizo estar más receptivo a ese argumento»¹⁰³⁶.

Es en el capítulo III del *On Liberty* donde Mill desarrolla y defiende la idea que él describe como “el libre desarrollo de la individualidad”. La individualidad se opone a la sumisión ciega a las costumbres y tradiciones de la sociedad. El individuo que deja que elijan por él su plan de vida «no necesita ninguna otra facultad más que la de la imitación propia de los monos». En cambio, «el que escoge por sí mismo su plan emplea todas sus facultades»¹⁰³⁷. Mill elogia el *genio* del individuo que se atreve a ser original y distinto, que toma sus propias decisiones con racionalidad y guía su vida según su autónomo criterio. Algo frecuentemente rechazado por la sociedad que suele estar poblada por

¹⁰³³ MILL J.S., *Sobre la libertad*, op. cit., p. 171.

¹⁰³⁴ LÓPEZ R., *El pensamiento político de John Stuart Mill en su contexto intelectual: una aproximación conceptual*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, p. 47.

¹⁰³⁵ REEVES R., *John Stuart Mill: Victorian Firebrand*, op. cit., p. 6.

¹⁰³⁶ HIMMELFARB G., “Introduction” a *On Liberty* de J.S. Mill, op. cit., p. 20.

¹⁰³⁷ MILL J.S., *Sobre la libertad*, op. cit., p. 153.

mentes poco originales incapaces de entender lo valioso de la diferencia. Cultivar la individualidad es afirmar la posibilidad de ser diferentes.

Hayek, siguiendo a Mill, también ensalzó este *imperio de las ideas*, como lo calificaba el insigne profesor de la escuela de Chicago. Señalaba que «las nuevas ideas surgen de unos pocos y se extienden gradualmente hasta llegar a ser patrimonio de una mayoría que apenas si conoce su origen (...). Nuestros puntos de vista sobre nuestras acciones y fines son principalmente preceptos adquiridos como parte de la herencia de nuestra sociedad. Esas opiniones políticas y morales, no menos que nuestras creencias científicas, provienen de aquellos que principalmente manejan ideas abstractas (...). La creencia de que al fin y al cabo son las ideas, y por tanto los hombres que ponen en circulación las ideas, quienes gobiernan la evolución social, así como la creencia de que en tal proceso los pasos de los individuos deben estar gobernados por un conjunto de conceptos coherentes, ha constituido por mucho tiempo parte fundamental del credo liberal»¹⁰³⁸.

Sería torpe y desatinado intentar conocer la historia sin llegar a captar que el importante papel de «la filosofía especulativa, que para los espíritus superficiales parece cosa tan alejada de los negocios de la vida y de los intereses visibles de la gente, es en realidad la que en este mundo ejerce máxima influencia sobre los humanos y la que tarde o temprano subyuga cualquier influencia, salvo las que ella misma debe obedecer»¹⁰³⁹.

Lo que Mill ataca es la fácil disposición que manifiestan muchos hombres para sucumbir a las convenciones sociales y a la opinión pública, sometiendo sus propios gustos al arbitraje anónimo de la masa. Estaba convencido del poder opresor que puede ejercer la costumbre y la tradición, lo que «le llevó a tomar una visión profundamente pesimista de la capacidad de la gran mayoría de los hombres para hacer valer sus

¹⁰³⁸ HAYEK F.A., *The Constitution of Liberty*, Routledge & Chicago University Press, 1959. Cito por la traducción de José Vicente Torrente, *Los fundamentos de la libertad*, Unión Editorial, Madrid, 9ª ed. 2017, pp. 152 y 153.

¹⁰³⁹ MILL J.S., “Bentham”, en *London and Westminster Review*, núm. 6, 1838, reimpresso en *Dissertations and Discussions*, vol. I, Londres, 1875, pp. 330-392. Hay traducción castellana, con estud. prelim. y notas, de Carlos Mellizo, Tecnos, Madrid, 1993. El pasaje continúa así: “Los dos escritores de que hablamos -es decir, Bentham y Coleridge- nunca fueron leídos por la multitud. Sus lectores han sido poco numerosos, excepción hecha de lo más ligero de sus obras. Sin embargo, ambos han sido maestros de maestros. Dificilmente se encuentra en Inglaterra un individuo de alguna importancia en el mundo del pensamiento que (cualesquiera que fuesen las opiniones que después adoptase) no haya leído primeramente a alguno de estos dos escritores, y aunque sus influencias hayan comenzado a difundirse entre la sociedad a través de tales canales intermedios, escasamente existe una publicación de cierta entidad dirigida a las clases educadas que sin la existencia de dichas personas hubiera sido lo que es”.

tendencias innatas contra las tradiciones establecidas. El amplio abanico de posibilidades de desarrollo humano demuestra que el continuo cambio y mejora de estas potencialidades es indispensable para un mayor bienestar de cualquier hombre»¹⁰⁴⁰.

Individualidad es sinónimo de originalidad y antónimo de mediocridad. Mill afirma que en su época los individuos se hallan perdidos entre la muchedumbre, que el único poder que merece tal nombre es el de las masas. Y la masa es *mediocridad colectiva*, anuladora de las capacidades propiamente humanas de escoger y experimentar. Para él, solamente una sociedad en la que estas capacidades estuviesen realizadas podría ser llamada propiamente humana:

«El propósito de Mill en *On Liberty* es salvar a la cultura liberal de la autodestrucción a través de la recuperación de sus fundamentos morales. Ninguna reforma política o económica podría ser suficiente sin llevar a cabo una regeneración moral. Esto explica por qué para Mill el problema de la libertad no tiene que ver con el poder político, sino con el control social. Un control entendido como la influencia indebida de los que no han podido llegar a ser individuos autónomos»¹⁰⁴¹.

Mill, frente a las tendencias pasivas y homogeneizadoras que arruinan y empobrecen el desarrollo personal, «pone el acento sobre las personas que cultivan activamente su individualidad. Los hombres no deben ser tratados simplemente como instrumentos pasivos para la reforma y mejora de la sociedad. Una sociedad debe estar abierta a una pluralidad de influencias e ideas, que no acapare o manipule el conocimiento, de tal modo que cada individuo pueda descubrir lo que realmente es valioso e importante para él en el contexto social. Y que vea que sus opiniones y plan de vida son aceptados por la sociedad»¹⁰⁴².

Mill protesta enérgicamente contra el hecho de que las reglas sociales y legales estén demasiado a menudo determinadas puramente por «los gustos o disgustos de la sociedad o de alguna poderosa porción de ella»¹⁰⁴³. Incluso tales «sentimientos de aborrecimiento y desagrado pueden llegar a ser intensos, y de ese modo las conductas que los provocan, aunque sólo conciernan a uno mismo, pueden llegar a afectar a otros. Pero Mill rechaza los casos en el que las presiones sociales sancionan acciones que simplemente despiertan una intensa aversión o la repugnancia de la sociedad»¹⁰⁴⁴.

¹⁰⁴⁰ GRAY J., *Mill on Liberty: A Defence*, op. cit., p. 78.

¹⁰⁴¹ CAPALDI N., *John Stuart Mill: A Biography*, op. cit., p. 272.

¹⁰⁴² TEN C.L., *Mill on Liberty*, op. cit., p. 73.

¹⁰⁴³ MILL J.S., *Sobre la libertad*, op. cit., p. 76.

¹⁰⁴⁴ TEN C.L., *Mill on Liberty*, op. cit., p. 15.

Lo importante es remarcar que «el mero hecho social de la aversión de la mayoría, el desagrado, el disgusto o la desaprobación de cualquier conducta nunca son buenas razones en sí mismas para la interferencia»¹⁰⁴⁵.

Como ya sabemos, Mill trató de señalar los límites del poder coercitivo que el estado y la sociedad legítimamente pueden ejercer sobre el individuo. Ahora bien, en una democracia ese poder coercitivo, como también es sabido, es ejercido por la mayoría. De ahí que «los argumentos de Mill se dirijan contra la sociedad democrática, en la que el despotismo de la opinión es a menudo más eficaz y peligroso que el despotismo político»¹⁰⁴⁶. Por ello «el resto de la sociedad puede no estar segura frente a esa ‘tiranía de la mayoría’ y frente al poder que el gobierno, subordinado a esa opinión mayoritaria, pudiera ejercer. La libertad individual en dicha situación puede verse seriamente amenazada, tanto por un Derecho opresor como por los medios extrajurídicos de quienes intentan imponer la prevalencia de sus opiniones y prácticas sobre otros. Esta coerción extrajurídica puede llegar a ser incluso más persuasiva y dañina que la aplicación de sanciones legales. Para defender la libertad individual -señala C.L. Ten- debe entonces establecerse un límite a la intervención legítima que puede ejercerse desde el estado y la sociedad. Y este límite no debe depender nunca de los ‘gustos o disgustos’ del grupo social dominante»¹⁰⁴⁷.

Y ello implica que, si la intervención debe quedar reducida a los casos que causan *daño*, dichos sentimientos de repulsa no ocasionan, la mayoría de las veces, ningún tipo de daño con la entidad suficiente como para activar la represión de la conducta desagradable. Dichos motivos quedan fuera del principio de Mill y son incapaces de justificar el intervencionismo:

«La distinción de Mill entre prevenir un daño a terceros, que es siempre una buena razón para intervenir, y el mero disgusto o la desaprobación, que nunca son buenas razones, tiene implicaciones obvias para su noción de daño. La aversión intensa o el rechazo pueden causar gran angustia y, sin embargo, Mill rechaza tal angustia como una forma de daño»¹⁰⁴⁸.

En términos muy similares, Martha Nussbaum, luego de dejar claro que «el daño era para Mill una noción distinta de la mera ofensa y una categoría muy estrecha», afirma que contra lo que se opuso Mill es a que contara como daño precisamente aquella

¹⁰⁴⁵ TEN C.L., “Introduction” a *Mill’s Moral, Political and Legal Philosophy*, op. cit., p. xiv.

¹⁰⁴⁶ RYAN A., *J.S. Mill*, op. cit., p. 134.

¹⁰⁴⁷ TEN C.L., *Mill on Liberty*, op. cit., p. 2.

¹⁰⁴⁸ TEN C.L., “Introduction” a *Mill’s Moral, Political and Legal Philosophy*, op. cit., p. xv.

conducta «claramente muy ofensiva para la mayoría, pero que no causaba daño en el sentido limitado que él daba a ese término»¹⁰⁴⁹. El autor del *On Liberty* hace así evidente su recelo ante la democracia, única forma de gobierno justa y, sin embargo, potencialmente la más opresiva. Mill, siguiendo a Tocqueville, «albergaba profundas reservas en torno a la democracia. Sobre todo, no ocultaba su temor de que una ‘tiranía de la mayoría’, especialmente una mayoría ignorante, pudiera convertirse fácilmente en el grupo dirigente»¹⁰⁵⁰. En el gobierno democrático se corre el riesgo de que la «tiranía de la mayoría» imponga «sus propias ideas y prácticas como reglas de conducta a aquellos que disientan de ellas; a ahogar el desenvolvimiento y, si posible fuera, a impedir la formación de individualidades originales y a obligar a todos los caracteres a moldearse sobre el suyo propio»¹⁰⁵¹.

6. RELIGIÓN Y MORAL.

En su concepto de *individualidad* se manifiesta la ambivalente relación de Mill con la sociedad de su época. Por un lado, Mill, al insistir en los valores de los individuos originales y en la importancia de desarrollar el carácter, parecería estar coincidiendo con la tradición victoriana. Pero, por otro lado, Mill se separa de estos valores victorianos, derivados del cristianismo protestante, y hace patente su desconfianza de las religiones como grandes causantes de sufrimiento a la humanidad por las luchas enzarzadas en su nombre. La fe y la espiritualidad ciega y fanática suplantando las decisiones autónomas del individuo, que pasa a decidir según lo ordenado por un dogma, no sometido a la prueba y contraste de su veracidad y, por tanto, potencialmente erróneo o irracional:

«La más intolerante de las iglesias, la Iglesia católica romana»¹⁰⁵².

Mill denuncia con vehemencia la concepción calvinista o agustiniana del yo, en la que el valor máximo reside en el autocontrol y en la que los impulsos naturales son considerados como fuentes de tentación, como seductoras voces que conducen al pecado. Y es esta concepción precisamente la que Mill considera que genera una sociedad conformista, en la que los individuos, habiendo destruido o reprimido en sí mismos sus

¹⁰⁴⁹ NUSSBAUM M., *El ocultamiento de lo humano: repugnancia, vergüenza y ley*, op. cit., pp. 82 y 83.

¹⁰⁵⁰ REEVES R., *John Stuart Mill: Victorian Firebrand*, op. cit., p. 7.

¹⁰⁵¹ MILL J.S., *Sobre la libertad*, op. cit., p. 73.

¹⁰⁵² MILL J.S., *Sobre la libertad*, op. cit., p. 97.

deseos, dejan que sus acciones se guíen por lo que resulta convencional o mayoritariamente asumido.

Sus críticos juzgaron que «Mill creía que la diversidad moral y la eliminación de restricciones de lo que tradicionalmente se ha considerado la inmoralidad liberaría a los hombres de las ataduras de la religión para forjar cada uno su propio bienestar a su manera. Él concibió que la vieja moral debe ser sustituida por una moral nueva que, a buen seguro, sería mejor; pero no consiguió demostrar por qué cualquier otra moralidad iba a ser mejor que la existente»¹⁰⁵³. Su concepción del individuo implica un rechazo de las enseñanzas morales del protestantismo inglés y de la sociedad de su época, que Mill consideró conformista y sin vitalidad, movida únicamente por la inercia de la *esclavitud moral* o de la *represión moral*¹⁰⁵⁴. Como bien señala Alan Ryan:

«No hay ninguna razón para creer que la no uniformidad de las creencias en torno a los conceptos disputados de vida buena acarreará algún tipo de daño. En cambio, sí hay buenas razones para pensar que si tratáramos de imponer la moralidad básica el resultado sería, precisamente, el contrario: en lugar de evitar el daño estaríamos causando lo que el *On liberty* lamenta»¹⁰⁵⁵.

Se observa la abierta hostilidad de Mill hacia la religión y su apoyo a aquella “religión de la humanidad” secular y de raíz comteana¹⁰⁵⁶. El peligro que algunos han visto ante la estrategia milliana de suprimir o reemplazar la religión y la moral se manifiesta en «dos aspectos que guardan relación con la libertad. Por un lado, se trata de instituciones: si se puede jugar con ellas sin límite, el poder pierde frenos cruciales en términos de derechos y libertades que en otro caso lo preceden o presiden (...). El segundo aspecto antiliberal de la superioridad moral deriva lógicamente del primero. Si lo racional es que el poder no tenga frenos a la hora de concebir las reformas que maximicen la utilidad y la felicidad de la sociedad, ¿por qué va a tenerlos a la hora de ponerlas en práctica? No sólo no debe tenerlos sino que lo que debe tener es justo lo contrario, es decir, un impulso a esa práctica»¹⁰⁵⁷.

¹⁰⁵³ DEVLIN P., *Mill On Liberty in Morals*, op. cit., p. 221.

¹⁰⁵⁴ MILL J.S., *Sobre la libertad*, op. cit., pp. 86 y 116. Puede ser interesante la lectura de su excuso contra la intolerancia religiosa (*Sobre la libertad*, pp. 107 y ss.), su postura ante el cristianismo (*Sobre la libertad*, pp. 127-142), sobre el calvinismo (*Sobre la libertad*, p. 158) y sobre el protestantismo (*Sobre la libertad*, pp. 196-197).

¹⁰⁵⁵ RYAN A., “Mill in a liberal landscape”, en *The Cambridge Companion to Mill*, John Skorupski (ed.), Cambridge University Press, New York, 1998, p. 505.

¹⁰⁵⁶ HAMBURGUER J., *John Stuart Mill On Liberty and Control*, cap. 6: The Religion of Humanity, op. cit. Y también RAEDER L.C., *John Stuart Mill and the religion of humanity*, University of Missouri Press, Columbia, 2002.

¹⁰⁵⁷ RODRÍGUEZ BRAUN C., “Estudio preliminar” a *Sobre la libertad* de J.S. Mill, op. cit., p. 57.

El problema que se le plantearía a Mill es que «si la señal de angustia en la población, asociada al mero disgusto o desaprobación, no constituye un daño, entonces los actos de indecencia pública tampoco causarían daño. En ese caso, la indecencia pública no puede quedar prohibida justificándola en base a la prevención de daños a terceros. Lo crucial es que los actos que son justificadamente interferidos por ser molestos u ofensivos, no están prohibidos *simplemente porque* causen disgusto o desaprobación, aunque tal aversión puede entrar a considerarse en la definición del delito»¹⁰⁵⁸. Para el profesor Jonathan Wolff, del University College of London, «tampoco Mill descarta que ciertas acciones, si se realizan en público, puedan ser una afrenta a las buenas costumbres y correctamente deban ser prohibidas»¹⁰⁵⁹.

Ante ello, uno de los principales críticos de Mill, el juez Patrick Devlin, del que nos ocuparemos detenidamente más adelante, preguntaba y se contestaba: «¿Es posible dibujar una línea recta a través de la cual quede diferenciado, para todo tiempo y lugar, el dominio privado a un lado y el público a otro?. No parece deseable ni recomendable»¹⁰⁶⁰. Para Sir Devlin:

«Si un hombre no observa algunas normas de la moral, la sociedad en su conjunto se empobrece. El cumplimiento de una obligación de este tipo puede ser distinguido del paternalismo. El motivo del paternalismo es hacer el bien a la persona; el motivo de la observancia de la moral es evitar el daño que se haría a la sociedad en su conjunto por la debilidad o el vicio de muchos de sus miembros. Mill no olvida esta distinción, pero prefiere pasarla por alto»¹⁰⁶¹.

Aunque Mill pareciera estar menospreciando el daño que el vicio puede provocar, «¿qué nos haría pensar que el vicio privado no pueda hacer ningún daño a la sociedad? Creo que es capaz de hacer daño físico y espiritual»¹⁰⁶², dice Devlin. De ser así, avisa Ted Honderich para criticarlo, existiría también «un daño moral caracterizado, por ejemplo, por el sentimiento de las familias normales que tienen que ver como la comuna homosexual se estableció en su bloque de pisos»¹⁰⁶³. De ahí que se pueda conceder que

¹⁰⁵⁸ TEN C.L., "Introduction" a *Mill's Moral, Political and Legal Philosophy*, op. cit., p. xvii.

¹⁰⁵⁹ WOLFF J., "Mill, Indecency and the Liberty Principle", en *Utilitas*, vol. 10, núm. 1, marzo 1998, p. 1.

¹⁰⁶⁰ DEVLIN P., *Mill On Liberty in Morals*, op. cit., p. 215.

¹⁰⁶¹ DEVLIN P., *Mill On Liberty in Morals*, op. cit., p. 217.

¹⁰⁶² DEVLIN P., *Mill On Liberty in Morals*, op. cit., p. 223.

¹⁰⁶³ HONDERICH T., "On Liberty and Morality-Dependent Harms", en *Political Studies*, vol. 30, núm. 4, 1982, p. 504.

«la inmoralidad privada es competencia de la legislación»¹⁰⁶⁴, ya que «la ley penal está diseñada para mantener el vicio dentro de ciertos límites»¹⁰⁶⁵.

En definitiva, a juicio de Devlin, el error de Mill estribaría en una confusión, más interesada que casual, entre religión y moral que, a la postre, supondría una incitación, o cuanto menos una licencia, para incurrir en la indecencia moral:

«La distinción entre virtud y vicio, entre obrar bien y mal, es una cuestión moral. Una religión compartida significa que existe un común acuerdo sobre el fin del hombre. Una moral común significa que existe un acuerdo sobre la forma en que el hombre se debe dirigir a ese fin. Un grupo de viajeros puede caminar juntos sin saber lo que encontrarán al final del viaje pero no se mantendrán en compañía si no viajan en la misma dirección. Mill y sus discípulos confundieron la religión con la moral. Si querían una sociedad en la que la moral fuera tan libre como la religión, fueron pusilánimes en lo que predicaban»¹⁰⁶⁶.

Ironiza entre nosotros Rodríguez Braun señalando que Mill, «este gran amigo de la libertad, no encontró lógica en la familia, el matrimonio, la religión, las tradiciones, la moral, las costumbres; creyó, y aún padecemos este error ilustrado, que eran obstáculos represores de la libertad, sin advertir que pueden ser sus baluartes»¹⁰⁶⁷.

7. LIBERTAD NEGATIVA Y POSITIVA EN STUART MILL.

La idea de Mill no es novedosa ni está clausurada. No es novedosa porque su pensamiento tiene fuertes resonancias kantianas en un «intento de fundir racionalismo y romanticismo: la aspiración de Goethe y Wilhelm Humboldt»¹⁰⁶⁸. El propio Mill reconoce que su *On Liberty* «no reclama ninguna originalidad para las doctrinas que contiene, ni intenta tampoco hacer la historia de esas doctrinas, el único autor que me

¹⁰⁶⁴ DEVLIN P., *Mill On Liberty in Morals*, op. cit., p. 222.

¹⁰⁶⁵ DEVLIN P., *Mill On Liberty in Morals*, op. cit., p. 225.

¹⁰⁶⁶ DEVLIN P., *Mill On Liberty in Morals*, op. cit., p. 231.

¹⁰⁶⁷ RODRÍGUEZ BRAUN C., “Estudio preliminar” a *Sobre la libertad* de J.S. Mill, op. cit., p. 22.

¹⁰⁶⁸ BERLIN I., *John Stuart Mill y los fines de la vida*, op. cit., p. 50. Berlin señala el lenguaje cercano de Mill con el de Burke, Carlyle o Chesterton; y su progresivo distanciamiento con las enseñanzas de su padre (James Mill) y con el utilitarismo de Bentham o Condorcet. El propio Mill inaugura su ensayo tomando unas palabras de Humboldt, en *De la esfera y los deberes del Gobierno*, que guardan estrecha relación con las ideas que él va a manejar: “el gran principio, el principio dominante, al que conducen los argumentos expuestos en estas páginas, es la importancia esencial y absoluta del desenvolvimiento humano, en su más rica diversidad”.

precedió en el hecho de defenderlas, y del que me parece apropiado decir algo, fue Humboldt. Él me proporcionó el *motto* de la obra»¹⁰⁶⁹.

Solo citar unos pasajes de *Los límites de la acción del Estado*, de von Humboldt, para dar prueba de la semejanza entre ambos autores:

«El verdadero fin del hombre -no el que le enseñan las inclinaciones variables, sino el que le prescribe la eternamente inmutable razón- es la más elevada y proporcionada formación posible de sus fuerzas como un todo. Y para esa formación la condición primordial e inexcusable es la libertad (...). La verdadera razón no puede desear para el hombre ningún otro estado que aquel en que solamente cada individuo goce de la más completa libertad para desarrollarse por sí mismo y en su propia individualidad (...). Que el Estado se abstenga de velar por el bienestar positivo de los ciudadanos y se limite estrictamente a velar por su seguridad entre ellos mismos y frente a los enemigos del exterior, no restringiendo su libertad con vistas a ningún otro fin último (...). El Estado debe abstenerse por completo de intentar influir, directa o indirectamente, en la moral y en el carácter de la nación»¹⁰⁷⁰.

Y decíamos que su pensamiento tampoco está en modo alguno clausurado porque la libertad que Mill está defendiendo no es solamente la *libertad negativa* del liberalismo clásico, entendida como la capacidad que tiene el individuo de hacer todo lo que no está legalmente prohibido o como reducción o ausencia de obstáculos que impidan la acción. En el *On Liberty*

«Se nos facilita la definición de libertad más conocida y la que frecuentemente se considera como la única acuñada por el autor; es una libertad entendida como ausencia de obstáculos para la acción, lo que en la literatura al uso se ha dado en llamar la libertad negativa»¹⁰⁷¹.

Además de la libertad negativa hay una *libertad positiva*, que se define como el poder individual de autogobernarse. Mill se acerca a esta libertad positiva que desarrollará más tarde Isaiah Berlin en su indispensable *Dos conceptos de libertad*¹⁰⁷². La libertad

¹⁰⁶⁹ MILL J.S., *Autobiografía*, op. cit., p. 265.

¹⁰⁷⁰ HUMBOLDT W., *Ideen zu einem Versuch, die Gränzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen* (Ideas para un proyecto de delimitación de la acción del Estado), 1791-1792, publicado por primera vez póstumamente en 1851, en lengua alemana, por E. Trewendt. Cito por la traducción al castellano y estudio preliminar de Joaquín Abellán, *Los límites de la acción del Estado*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 14, 20, 43 y 108, respect.

¹⁰⁷¹ CARUNCHO MICHINEL C., *Sobre la libertad. A propósito de la obra de John Stuart Mill*, op. cit., p. 25.

¹⁰⁷² Para Berlin la libertad negativa es “el espacio en el que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros (...). Cuanto mayor sea el espacio de no interferencia mayor será mi libertad (...). Debía existir -glosando a Mill- un cierto ámbito mínimo de libertad personal que no podía ser violado bajo ningún concepto. De aquí se sigue que hay que trazar una frontera entre el ámbito de la vida privada y el de la autoridad pública (...). Libertad en este sentido significa estar libre de: ausencia de interferencia más allá de una frontera, variable, pero siempre reconocible: la única libertad que merece este nombre es la de buscar nuestro propio bien, por nuestro camino propio, dijo el más celebrado de sus campeones -aludiendo

positiva que Mill le atribuye al sujeto autónomo es la capacidad para crear sus proyectos de acción, llevar a cabo conductas distintas y originales y ser capaz, en definitiva, de forjar y desarrollar el plan de vida que autónomamente uno elige para sí sin interferencias. Dicho en esta diferenciación: la libertad negativa sería la condición necesaria para el desarrollo de la libertad positiva y ésta, a su vez, encuentra su límite (legítimo y legal) en aquélla. Es decir, el ejercicio de la libertad negativa (libertad política, hacer todo aquello que no esté prohibido) permite el desarrollo de la libertad positiva (libertad ética para elegir y vivir nuestro plan de vida). No obstante, el desarrollo de nuestra libertad ética (libertad positiva) puede atañer a otros. Y en esa afectación, la libertad negativa (ausencia de obstáculos) funciona como límite: el obstáculo sería la afectación a otra persona. De ahí que con razón señale el profesor Rodolfo Arango que el principio del daño de Mill expresa «con toda claridad la definición de los derechos subjetivos como restricciones impuestas a la acción de los demás, fórmula canónica que adoptará la concepción negativa o liberal de los derechos constitucionales. La defensa de las libertades individuales, asociadas a la realización de deseos y preferencias personales, pasa a reflejarse en las reglas que regulan la conducta humana en una sociedad donde la diversidad de intereses, creencias y sentimientos impide la uniformidad». Y es más, junto a esta libertad negativa «para Mill podría haber obligaciones constitucionales positivas destinadas a impedir un daño por omisión a personas determinadas, lo que supone trascender la dimensión negativa de los derechos individuales»¹⁰⁷³.

Una libertad positiva, decíamos, que es también la autonomía que Kant le supone al sujeto racional que abraza la ley que él se dicta a sí mismo (que actúa en conformidad, por deber, a su autolesgislación moral). El modelo de libertad positiva en la obra de Mill es, única y exclusivamente, ético. Esto implica que desde un punto de vista ético se ensalza la autonomía del sujeto moral, autonomía orientada hacia un ideal de vida buena. Por eso frente a las resonancias antiliberales que puedan encontrar en Mill una tesis perfeccionista, se debe señalar que no existe en él «un modelo de vida buena ni el

a Mill-». Por su parte, «el sentido positivo de la palabra libertad se deriva del deseo por parte del individuo de ser su propio amo. Quiero que mi vida y mis decisiones dependan de mí mismo. Quiero ser el instrumento de mis propios actos voluntarios y no de los de otros hombres. Quiero ser un sujeto y no un objeto. Quiero ser alguien; no nadie. Quiero actuar, decidir, no que decidan por mí». BERLIN I., *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, Reino Unido, 1969. Su versión original de 1958 tiene origen en la conferencia que impartió Berlin con motivo de la toma de posesión de su cátedra de Teoría Social y Política de Oxford. Cito por la traducción al castellano y estudio preliminar de Ángel Rivero, *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, Alianza Editorial, Madrid, 2001 (3ª reimpr. 2010), pp. 47, 49, 50, 54 y 60, respect.

¹⁰⁷³ ARANGO R., *Democracia social. Un proyecto pendiente*, Fontamara, México, 2012, p. 47.

imperativo de una conducta autónoma dirigida hacia un determinado ideal, el respeto y la libertad no tienen ninguna delimitación intrínseca». Como consecuencia

«Ninguna opción es por sí misma mejor que otra. Puede afirmarse que el modelo de conducta elegido por cada individuo, es mejor que cualquier otro, no porque sea mejor en sí, sino porque es el que él libremente ha hecho suyo»¹⁰⁷⁴.

Por tanto, «existe un ámbito de libertad personal, que lo es también de la autonomía y de la intimidad, que debe, siempre, ser preservado. Ni podemos ser absolutamente libres, ni debemos ceder toda la libertad; lo absolutamente imprescindible es mantener ese mínimo de libertad personal»¹⁰⁷⁵. Pero, cabría preguntarse, ¿cuál debe ser ese mínimo?: a pesar de las dificultades intrínsecas que plantea tan elocuente interrogante, que ha sido y quizás será siempre tema de discusiones interminables, «creo que no es excesivamente complejo determinar el núcleo o las exigencias básicas de ese ámbito personal», arriesga en decir Fernández García, para quien «entre ellas se incluirían las libertades de pensamiento, opinión y expresión y de formas culturales de las minorías»¹⁰⁷⁶.

8. ALGUNAS DIFICULTADES Y OTRAS ACOTACIONES EN TORNO AL CONCEPTO DE DAÑO. EL ARGUMENTO DE MILL COMO RAZÓN (TAMBIÉN) MORAL. ¿NOS SIRVE EL PRINCIPIO PARA LA PRÁCTICA?

Para examinar el acierto o solidez del principio liberal del daño debemos introducir una consideración que ha sido apuntada con insistencia por sus detractores y que aquí es de justicia esclarecer por constituir el ataque que más difícil ha sido de resistir. Se trata de volver a recordar la inevitabilidad de acudir a razones morales últimas que invalidan la pretensión de un concepto de daño empírico y moralmente neutro. Y ello porque tampoco Mill pudo escapar, como señala Williams, «del grado de circularidad

¹⁰⁷⁴ CARUNCHO MICHINEL C., *Sobre la libertad. A propósito de la obra de John Stuart Mill*, op. cit., p. 112.

¹⁰⁷⁵ FERNÁNDEZ GARCÍA E., *Filosofía Política y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 93.

¹⁰⁷⁶ FERNÁNDEZ GARCÍA E., *Filosofía Política y Derecho*, op. cit., p. 93. A juicio de Fernández García, este problema nos entronca “con el tema de la relación entre la democracia y los derechos humanos, donde entran en juego directamente la protección de los *derechos de las minorías a la diferencia*” (expresión esta última preferida por el autor a ‘derechos de las minorías’ por los equívocos y riesgos que entraña). Es en la conexión entre la idea de libertad negativa de Berlin y su concepción acerca del pluralismo de valores “donde podemos encontrar los mejores argumentos a favor del derecho a la diferencia en cuestiones de pensamiento, opinión y cultura”, pp. 94 y 96, respect.

inevitable en el discurso moral de quien no deriva todo de un principio fundamental o último»¹⁰⁷⁷. John Gray también señalaba que

«La oscuridad de Mill en torno a su concepción de los intereses humanos supone una dificultad tan grande que al final puede provocar la inaplicación de su principio. Por desgracia, entramos rápidamente en un círculo vicioso (...).

Es evidente que para que el principio de Mill sea “un sencillo principio” necesita una concepción de los intereses humanos que está bastante determinada en sus aplicaciones por perspectivas morales divergentes. Si ello fuera así y el concepto de daño y, en particular, los juicios sobre la severidad relativa de los daños, variasen en función de las diferentes perspectivas morales, entonces el principio de Mill encontrará serios inconvenientes como guía para la política»¹⁰⁷⁸.

Quizás Mill «descuidó los conflictos latentes en torno a la naturaleza y a las formas de felicidad de los seres humanos o su inconmensurabilidad cuando la complejidad y la pluralidad de la felicidad humana se perciben plenamente. La inconmensurabilidad fundamental de los valores básicos (cuya mejor exposición es la de Joseph Raz en su *The Morality of Freedom*) constituye un importante reto para todas las teorías de razonamiento práctico». Pero precisamente ese descuido es «profundamente instructivo para nosotros aún hoy, cuando tal vez pocos defenderían el utilitarismo. Si Berlin tiene razón en su insistencia en la inconmensurabilidad última de los valores básicos, entonces hay límites también insuperables en el alcance y autoridad de toda filosofía moral y política en virtud de los límites paralelos que existirían en la formulación teórica de la vida moral y política misma»¹⁰⁷⁹.

El principio de Mill invocaba la distinción entre acciones que únicamente conciernen al propio individuo y acciones que afectan a otros. Esta distinción es normalmente reformulada como acciones *self-regarding* y acciones *other-regarding*. El término *self-regarding* es usado por el propio Mill, pero en cambio, como comentábamos al inicio del capítulo, el filósofo nunca empleó la expresión *other-regarding*. Su afirmación es que la sociedad no está autorizada para intervenir en las conductas *self-regarding*. Pero «sí quedaría justificada la interferencia en torno a conductas *other-regarding* que caen dentro de los límites de la intervención social. De esto no se sigue que siempre quede justificada la intervención sobre dichos actos. Por ejemplo, el daño

¹⁰⁷⁷ WILLIAMS G.L., “Mill’s principle of Liberty”, en *Political Studies*, vol. 24, núm. 2, junio 1976, p. 137.

¹⁰⁷⁸ GRAY J., “Introduction” a *On Liberty and Other Essays* de J.S. Mill, op. cit., p. 18.

¹⁰⁷⁹ GRAY J. y SMITH G.W., “Introduction”, en *J.S. Mill’s On Liberty in Focus*, op. cit., pp. 18 y 19.

causado por la intervención a veces puede ser mayor que el daño causado a otros por acciones *other-regarding*. En ese caso, la intervención social debe ceder ya que es más costosa o penosa que la conducta dañina»¹⁰⁸⁰.

Es verdad que es difícil trazar una línea divisoria entre las acciones que dañan a los otros y las que no. Esta dificultad ha constituido el principal blanco de las críticas que se han dirigido contra el principio del daño de Mill:

«La crítica desde siempre repetida ha sido que todas las acciones tienen consecuencias sociales; y por ello no hay acciones que solo afecten a uno mismo. Esta crítica fue hecha contra Mill por primera vez por Sir James Fitzjames Stephen, el hermano de Leslie Stephen, en un trabajo titulado *Liberty, Equality, Fraternity*. En una carta a Bain, Mill confesaba que no entendía muy bien lo que Stephen realmente le estaba criticando en su libro»¹⁰⁸¹.

La precisión de qué conductas afectan exclusivamente a uno mismo y no guardan relación alguna con terceros es sin duda una tarea complicada:

«Se ha intentado a menudo -reconoce Hayek-, especialmente por John Stuart Mill, definir la esfera privada que debe ser inmune a la coacción mediante la distinción entre acciones que sólo afectan a la persona que actúa y acciones que afectan también a otros. Ahora bien, como casi no cabe imaginar la existencia de acciones que no puedan afectar a otros, dicha distinción no ha resultado muy útil. La distinción adquiere sentido solamente mediante la delimitación de la esfera protegida de cada individuo. El objetivo no puede ser proteger a los hombres contra todas las acciones de los otros que les pueden perjudicar, sino solamente sustraer al control de los demás algunos de los principios directivos de sus acciones. Al determinar dónde se deberían trazar las líneas divisorias de la esfera protegida, la cuestión importante es si las acciones de otras personas que nosotros deseamos impedir se interpondrían realmente en las expectativas razonables de la persona protegida. En particular, el placer o la pena que se puede causar por el conocimiento de las acciones de otras personas no se debe considerar nunca como causa legítima de coacción»¹⁰⁸².

¹⁰⁸⁰ TEN C.L., *Mill on Liberty*, op. cit., p. 4.

¹⁰⁸¹ CAPALDI N., *John Stuart Mill: A Biography*, op. cit., p. 278. La carta, a la que se refiere Nicholas Capaldi, que Mill le dirige a su amigo Alexander Bain está en BAIN A., *John Stuart Mill. A Criticism: with Personal Recollections*, op. cit., p. 111. Precaución: Mill muere, en mayo de 1873, a los dos meses de publicarse *Liberty, Equality, Fraternity*, en marzo de 1873. Por lo que no sabemos si llegó a conocer con exactitud el libro de Stephen. Algunos artículos de Stephen, que luego constituirían el libro, ya se habían venido publicando en *Pall Mall Gazette* entre noviembre de 1872 y enero de 1873. Quizás Mill ya tuviera conocimiento de la crítica de Stephen a través de estos artículos de periódico. También menciona esta circunstancia John Rees: “El ataque de Stephen fue hecho antes de la muerte de Mill y Mill tuvo tiempo para leerlo y comentarlo, ya que la mayoría de las observaciones hechas por Stephen se anticiparon en prensa dos o tres años antes de la aparición del *Liberty, Equality, Fraternity*”, en REES J.C., *John Stuart Mill's On Liberty*, op. cit., p. 80.

¹⁰⁸² HAYEK F.A., *Los fundamentos de la libertad*, op. cit., p. 191.

Seguramente, el auténtico debate se desplace a estos términos, más que convenir o discrepar con lo que la máxima milliana propone. Su lógica no es tan cuestionable como sí suelen ser los problemas derivados de *dónde* situar tales límites. Parece que la discusión quedaría reducida, como tantas otras veces, a una cuestión de fronteras y líneas infranqueables que delimiten el difuso campo del impenetrable e inviolable *coto vedado*¹⁰⁸³. Lo que merece la pena destacar es, entonces, no la posibilidad -más o menos viable- de trazar una línea clara y firme entre las acciones que dañan o no a otros, sino que la posición de Mill «traslada el peso de la prueba a quienes proponen restringir la libertad de los individuos. Son aquellos los que tienen que mostrar que existe un daño para los otros»¹⁰⁸⁴.

Una de las principales dificultades encontradas para determinar el alcance de la libertad de Mill radica en la necesidad de delimitar, a su vez, la magnitud del concepto de daño, bajo el cual quedarían englobadas todas aquellas acciones que perjudicarían los intereses o deseos de otras personas. Ciertamente, «existen problemas reales que rodean al uso que Mill dio al término ‘daño’:

¿Puede el lector entender el ‘daño’ solamente como daño físico, o hay también alguna clase de daños morales que se deben incluir en el principio de libertad? El daño que activa la restricción de la libertad, ¿debe afectar directamente a individuos identificables o puede también estar referido a instituciones, prácticas sociales y formas de vida? ¿Puede el atentado contra los sentimientos personales contar como daño para restringir la libertad o el daño debe hacerse a los intereses que el Estado ha otorgado protección? Estos interrogantes expresan una dificultad filosófica en el análisis del concepto de daño: una dificultad que se manifiesta en el hecho de que los juicios sobre lo que se reputa como ‘daño’ son frecuentemente contradictorios entre intérpretes de diferentes perspectivas morales. Entonces, ¿qué sentido o uso dar a un principio que nos dice que la libertad no puede ser limitada, excepto para prevenir de un daño a otros, si nos encontramos irremediabilmente en desacuerdo sobre lo que cuenta como ‘daño’?»¹⁰⁸⁵.

Así lo explica también Richard Reeves:

¹⁰⁸³ GARZÓN VALDÉS E., “Representación y democracia”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 6, Universidad de Alicante, 1989, pp. 143-164. Destaca la respuesta a este artículo de DE LUCAS J., “Sobre la justificación de la democracia representativa”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 6, Universidad de Alicante, 1989, pp. 187-199. Y la contestación que vuelve a dar GARZÓN VALDÉS E., “Algo más acerca del coto vedado”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 6, Universidad de Alicante, 1989, pp. 209-213.

¹⁰⁸⁴ ABELLÁN J., “John Stuart Mill y el liberalismo”, en *Historia de la Teoría Política*, Fernando Vallespín (ed.), vol. 3, Alianza Editorial, Madrid, 2002 (reimpr. 2012), p. 389.

¹⁰⁸⁵ GRAY J., *Mill on Liberty: A Defence*, op. cit., p. 49.

«¿Puede el ‘daño’ ser definido satisfactoriamente?, ¿hay realmente alguna acción de la que pueda decirse que solo afecta al individuo que la lleva a cabo? (...). Los académicos que se han ocupado de este aspecto de la obra de Mill han señalado que durante el curso de su argumento Mill parecía definir su concepto de conducta dañina como cualquiera que afectara perjudicialmente los intereses de otro. Pero si cualquier acción que afecte a los intereses de los demás es reportada como nociva, entonces es muy difícil trazar la línea que distinga a unas y otras acciones»¹⁰⁸⁶.

Este duro y repetido ataque ha hecho que los defensores del principio del daño no hayan podido escapar airosos por dos motivos decisivos: el primero es que la noción de ‘daño’ está moralmente determinada, y el segundo, que el principio que se propone necesita de alguna justificación o fundamento, y éste no puede ser más que moral. Estas dificultades provocaron que ciertos estudiosos de la obra de Mill, al valorar las ambigüedades de su concepto de daño, concluyeran que no se puede aportar una definición objetivable y su sentido debe quedar relegado al ámbito puramente valorativo.

Ya anunciábamos que desde «James Fitzjames Stephen hasta la actualidad, los críticos de Mill han insistido en que las acciones que sólo afectan a uno mismo no existen o no se pueden delimitar»¹⁰⁸⁷. Y ello a pesar de que el propio «James Fitzjames Stephen se mostró al principio atraído por la tesis del *On Liberty*»¹⁰⁸⁸. Aunque aceptáramos que las críticas de Stephen fueran acertadas, alguna pista nos dará, sin embargo, el dato de que el «*On Liberty* siguiera siendo leído y reeditado mientras que *Liberty, Equality, Fraternity* pronto cayó en el olvido, disfrutando quizás sólo de una reputación marginal entre pensadores eruditos»¹⁰⁸⁹. Rees ya avisaba:

«El principio de Mill ha sido ampliamente criticado porque parece descansar sobre la posibilidad de clasificar las acciones humanas en dos categorías: acciones que se refieren sólo al agente y acciones que conciernen a otros además del agente. La distinción entre estas dos categorías, se ha dicho continuamente, es imposible de sostener»¹⁰⁹⁰.

¹⁰⁸⁶ REEVES R., *John Stuart Mill: Victorian Firebrand*, op. cit., p. 265.

¹⁰⁸⁷ GRAY J., “Introduction” a *On Liberty and Other Essays* de J.S. Mill, op. cit., p. 17.

¹⁰⁸⁸ HIMMELFARB G., “Introduction” a *On Liberty* de J.S. Mill, op. cit., p. 35.

¹⁰⁸⁹ HIMMELFARB G., “Introduction” a *On Liberty* de J.S. Mill, op. cit., p. 40. Esta crítica de Stephen a Mill constituye el objeto del siguiente capítulo. Allí nos ocuparemos detenidamente de ella. También retomaremos el apunte de Himmelfarb cuando hace alusión a que “un siglo después de la publicación del *On Liberty*, la controversia entre Mill y Stephen surgió de nuevo cuando Hart, entonces *Professor of Jurisprudence* en Oxford, comentó la llamativa semejanza entre los argumentos de Stephen y los recientemente apuntados por Lord Devlin en su ensayo *The Enforcement of Morals* que había publicado con ocasión de su oposición al Informe Wolfenden (...). Hart, en cambio, defendió a la Comisión Wolfenden del ataque de Devlin, señalando que sus argumentos eran esencialmente los de Mill y los de Devlin eran los de Stephen”, p. 41.

¹⁰⁹⁰ REES J.C., “A Re-Reading of Mill *On Liberty*”, en *J.S. Mill On Liberty in focus*, J. Gray y G.W. Smith (eds.), Routledge, London, 1991, p. 171. El artículo de Rees apareció en *Political Studies*, núm. 8, 1960,

Brown consideró tal distinción como innecesaria y que «la definición de Mill implica una identificación acaso aproximada de daño, lesión o causación de un mal, pero estos términos tienen una extensión más amplia que lo que uno podría desear»¹⁰⁹¹. Williams le responde haciendo hincapié en que es de la máxima importancia clarificar el concepto de interés que puede ser dañado porque Mill así lo propone¹⁰⁹².

Este tema ha sido debatido por Berger, Gray, Wollheim, Honderich, Dworkin, Hoag y Ten¹⁰⁹³, quienes coincidieron en señalar que no sólo es importante precisar la idea de intereses afectados, sino que hay que concretar aún más y acudir al concepto de intereses cruciales o vitales. En terminología de Hoag:

«Los intereses vitales son sustancialmente superiores en valor a todos los otros intereses humanos; así, las normas sociales que restringen la libertad son demasiado costosas excepto cuando son otros intereses vitales los que están intentando ser protegidos por esas normas. Tenemos que entender el daño como la lesión a “los intereses permanentes del hombre”»¹⁰⁹⁴.

Para David Lyons «el principio de libertad se basa en la protección de ciertos intereses vitales humanos»¹⁰⁹⁵ o, para C.L. Ten, «la defensa de la libertad de Mill se basa en los intereses permanentes del hombre»¹⁰⁹⁶. Lo que no deja de ser cierto es que cualquier acción realizada por un sujeto puede provocar un sentimiento de rechazo,

pp. 113-129. Posteriormente el propio Rees lo incluyó como cap. V, retitulado “The Principle of Liberty”, pp. 137-155, en su libro *John Stuart Mill’s On Liberty*, op. cit.

¹⁰⁹¹ BROWN D.G., “Mill on Liberty and Morality”, en *The Philosophy Review*, vol. 81, núm. 2, Apr. 1972, p. 144.

¹⁰⁹² WILLIAMS G.L., “A Brief Reply to D.G. Brown on Mill”, en *Political Studies*, núm. 29, 1980, p. 295.

¹⁰⁹³ La postura de Fred Berger puede leerse en su *Happiness, Justice and Freedom: The Moral and Political Thought of John Stuart Mill*, op. cit.; la mejor y más completa exposición de John Gray se encuentra en su *Mill on Liberty: A Defence*, op. cit.; la contribución de Richard Wollheim es una ardiente defensa de Mill frente a la clásica interpretación tradicional de Isaiah Berlin: en WOLLHEIM R., “John Stuart Mill and Isaiah Berlin: The Ends of Life and the Preliminaries of Morality”, en *J.S. Mill’s On Liberty in Focus*, J. Gray y G.W. Smith (eds.), Routledge, London, 1991, pp. 260-277. La postura de Ted Honderich, en línea con Wollheim, se encuentra en “On Liberty and Morality-Dependent Harms”, en *Political Studies*, vol. 30, núm. 4, 1982, pp. 504-514; Dworkin aplica la noción de intereses afectados al caso de la pornografía: en DWORKIN R., “Do we have a right to pornography?”, en *A Matter of Principle*, op. cit. [hay trad. castellana DWORKIN R., “¿Tenemos derecho a la pornografía?”, en *Una cuestión de principios*, present. de Roberto Gargarella y Paola Bergallo, Siglo Veintiuno editores, Buenos Aires, 1ª ed. 2012, pp. 411-456]; y C.L. Ten se reafirma en una interpretación tradicional de Mill, separándose de la visión revisionista de los anteriores. La conclusión de Ten es que ninguna de las reformulaciones de estos intérpretes del argumento que Mill mantiene en el *On Liberty* consigue conciliar los compromisos utilitaristas y liberales de Mill: en TEN C.L., “Mill’s defence of Liberty”, en *J.S. Mill’s On Liberty in Focus*, J. Gray y G.W. Smith (eds.), Routledge, London, 1991, pp. 212-238.

¹⁰⁹⁴ HOAG R.W., “Happiness and Freedom: Recent work on John Stuart Mill”, en *Philosophy and Public Affairs*, vol. 15, núm. 2, Spring 1986, pp. 197-198.

¹⁰⁹⁵ LYONS D., “Liberty and Harm to Others”, en *Canadian Journal of Philosophy*, supplementary vol. V, ene. 1979, pp. 1-19. Para la profesora Wendy Donner, “el principio del daño defiende nuestros intereses vitales y en el sistema de Mill estos intereses vitales están protegidos como un derecho”, DONNER W., *The Liberal Self. John Stuart Mill’s Moral and Political Philosophy*, op. cit., p. 192.

¹⁰⁹⁶ TEN C.L., “Introduction” a *Mill’s Moral, Political and Legal Philosophy*, op. cit., p. xvi.

repulsa o malestar en otra persona, aun cuando con esa conducta no se vean directamente afectados sus intereses *vitales, cruciales o permanentes*.

En su importante trabajo “A Re-Reading of Mill on Liberty”¹⁰⁹⁷, J.C. Rees muy eficazmente critica la interpretación tradicional y aporta una lectura alternativa. Rees mantiene que las acciones *self-regarding* no afectan a los intereses de otros. Decir que la conducta de alguien afecta a otros es hacer una declaración efectiva por la que se reclama que los intereses de una persona se han visto afectados, lo que es una consideración de tipo normativo. Esto es, se apela para ello a ciertas normas o valores que determinen si la conducta verdaderamente ha afectado a sus intereses de manera tan importante o si se ha tratado, en cambio, de la afectación a un individuo extremadamente sensible.

Avisa John Gray que esta interpretación del principio de libertad de Rees «se convierte en relativista, ya que nunca permite afirmar cuáles son los intereses dignos de protección y todo dependerá del tiempo y lugar». Pero aclara:

«Las acusaciones de relativismo pueden evitarse a pesar de no considerar los intereses como permanentes e invariables social e históricamente. Los intereses de los hombres podrían ser, y de hecho así parecen serlo, forjados por las normas y circunstancias de su tiempo y su cultura. Pero afirmar esto no quiere decir que los intereses de los hombres dependan totalmente o estén constituidos enteramente por circunstancias cambiantes de la sociedad del momento. Mill necesita una concepción de los intereses que sea universalista, ya que especifica un área esencial para el bienestar humano, que también tiene en cuenta los aspectos históricos»¹⁰⁹⁸.

Ahora bien, ninguna acción podría realizarse libremente porque siempre encontraría el obstáculo de estar afectando, de algún modo indirecto o tangencial, a los intereses de otra persona (nadie es una isla). Incluso tanto es así que el propio Mill hizo especial hincapié en la idea de que el daño que una persona pudiera llegar a provocarse a sí misma no constituye motivo legítimo para que se le coarte en su libertad. Por tanto, lo que precisamente quiere evitar Mill es que cualquier afectación a los intereses de otro, por indirecta que ésta sea, incluso contra los de uno mismo, cuente como daño. Sólo aquella afectación negativa a los intereses cruciales de otro puede suponer una limitación de la libertad. Y sólo entonces:

¹⁰⁹⁷ REES J.C., *A Re-Reading of Mill On Liberty*, op. cit., pp. 169-189.

¹⁰⁹⁸ GRAY J., *Mill on Liberty: A Defence*, op. cit., p. 51.

«Siempre que existe un perjuicio definido o un riesgo definido de perjuicio, sea para un individuo o para el público, el caso se sustrae al campo de la libertad y entra en el de la moralidad o la ley»¹⁰⁹⁹.

Incluso podemos llegar a suponer sin excesivo esfuerzo que no existen las acciones que no afecten a los demás, porque siempre habrá alguien que se pueda sentir disgustado o considerar la conducta como inmoral u ofensiva. Y en estos casos, el principio de Mill limitaría, según los moralistas, la intervención más de lo deseado. Stefan Collini piensa que Mill impide controlar conductas que, en cambio, sí sería deseable limitarlas cuando fueran perjudiciales para otros:

«Mill únicamente permite la intervención de las conductas que puedan dañar los intereses de otros. Pero este es un requisito demasiado exigente, sobre todo cuando se trata de justificar una intervención contra las personas que cometen acciones que son consideradas meramente ofensivas o desagradables»¹¹⁰⁰.

Todas las acciones pueden tener efectos sobre otras personas de distintos e insospechados modos. El punto de vista de Mill para estos casos es que las razones que se aportan, como por ejemplo el disgusto o la desaprobación, son insuficientes. C.L. Ten lo aplica al caso de la pornografía:

«El principio de la libertad de Mill no admitiría el argumento de que la venta de pornografía debiera ser prohibida simplemente porque la mayoría considerara su venta y consumo como inmoral. Pero esto no resuelve la cuestión de si debería prohibirse la pornografía, porque deben darse otras razones para su prohibición. Y precisamente lo que el principio de Mill impide es limitar el debate a una evaluación de los efectos supuestamente nocivos, o beneficiosos, de consumir pornografía»¹¹⁰¹.

Lo que es crucial en la defensa de la libertad de Mill es su convicción de que ciertas razones -paternalistas, moralistas o simples prejuicios- son irrelevantes para

¹⁰⁹⁹ MILL J.S., *Sobre la libertad*, op. cit., p. 189.

¹¹⁰⁰ COLLINI S., "Introduction" a *On Liberty with The Subjection of Women and Chapters on Socialism* de J.S. Mill, Cambridge University Press, Cambridge, 1989, p. xvi.

¹¹⁰¹ TEN C.L., *Mill on Liberty*, op. cit., p. 41. Existe una abundante bibliografía que estudia la aplicación del principio del daño de Mill al caso de la regulación de la pornografía. No podemos detenernos en analizarla, pero ha sido una de las *aplicaciones* más interesantes de la doctrina de Mill, que ha girado en torno a cómo podría funcionar su principio *teórico* en la *práctica* o si verdaderamente el principio del daño se podía aplicar a casos concretos como la pornografía. O quizás sea sólo un principio abstracto atractivo en la teoría pero inservible para tomar decisiones controvertidas como esta. Entre estos estudios destaco los siguientes: MCGLYNN C. y WARD I., "Would John Stuart Mill have Regulated Pornography?", en *Journal of Law and Society*, vol. 41, núm. 4, dic. 2014, pp. 500-522; VERNON R., "John Stuart Mill and Pornography: beyond the harm principle", en *Ethics*, vol. 106, núm. 3, abr. 1996, pp. 621-632; SKIPPER R., "Mill and Pornography", en *Ethics*, vol. 103, núm. 4, jul. 1993, pp. 726-730; DYZENHAUS D., "John Stuart Mill and the Harm of Pornography", en *Ethics*, vol. 102, núm. 3, abr. 1992, pp. 534-551; y DWORKIN R., "¿Tenemos derecho a la pornografía?", en *Una cuestión de principios*, op. cit., pp. 411-456

justificar la intervención. Si no se puede limitar la conducta de un individuo en base a tales razones porque no son suficientes para ocasionar un daño, se pregunta John Rees: «Entonces, ¿qué constituye un *daño*?». Y aventura tres posibles respuestas:

- «(1) Dado que Mill era un declarado utilitarista, daño = dolor, sufrimiento
- (2) Daño usado en un sentido no-técnico, sino en un sentido vulgar o común de la palabra
- (3) Daño = violación de la reglas de justicia»¹¹⁰².

Concluye Rees que «John Stuart Mill parecería estar pensando en la tercera alternativa como respuesta correcta. Pero, dados los obstáculos que encuentra toda definición de daño, puede ser que ninguna interpretación capture, por sí sola, todo el argumento de Mill de forma precisa y convincente»¹¹⁰³. De forma similar señalaba C.L. Ten que «aparte de infligir un daño corporal, el tipo de conductas perjudiciales que Mill tiene en mente parece implicar la violación de ciertos principios de justicia»¹¹⁰⁴. Para otros, en cambio, «lo que Mill incluyó como “daños a terceros” fue principalmente daños físicos a otros individuos»¹¹⁰⁵.

Pero, si sólo se justifica la restricción de la libertad a condición de que prevenga de un daño a los demás, ¿puede la ofensa a los sentimientos de otros representar un daño a quién se siente ofendido?, ¿se puede considerar tal daño sin necesidad de recurrir a juicios morales? Al formularse estas preguntas, Alan Ryan se refirió a la célebre controversia en torno al Informe del Comité Wolfenden sobre homosexualidad y prostitución y, en particular, a las restricciones de Lord Devlin a los principios de Mill por los que pareció abogar la Comisión. La postura de Devlin fue considerar que donde hay inmoralidad es probable que haya daño social. Ryan reconoce que quizás tanto el Comité como Devlin han malinterpretado la postura de Mill en torno a la esfera privada y, por tanto, su comprensión de la moralidad: Mill no aludió a ningún tipo de daño social (eso es una creación de Devlin). Por su parte, al Comité lo que le preocupó fueron las relaciones entre adultos que consienten. Tampoco Mill se pronunció sobre la inmoralidad del daño, o si éste tenía que ser cometido en público o en privado para poder intervenir:

«La Comisión dijo que encontraba la homosexualidad como algo ingenuo. Pero esta postura de la Comisión habría indignado a Mill, porque es precisamente el tipo de posturas que, si bien evita las

¹¹⁰² REES J.C., *John Stuart Mill's On Liberty*, op. cit., p. 166.

¹¹⁰³ REES J.C., *John Stuart Mill's On Liberty*, op. cit., p. 168.

¹¹⁰⁴ TEN C.L., *Mill on Liberty*, op. cit., p. 51.

¹¹⁰⁵ DEVLIN P., *Mill On Liberty in Morals*, op. cit., p. 217.

sanciones legales, en cambio deja intacto el prejuicio y la coerción social. Igualmente Lord Devlin está atrapado en el mismo error. Para Mill, el daño es independiente de la esfera en la que se cometa. Es su afectación a otros lo importante, se cometa dicha afectación en público o en privado. Para Devlin, en cambio, no existe la inmoralidad privada, porque toda inmoralidad es de incumbencia pública»¹¹⁰⁶.

En sentido similar hacía su crítica C.L. Ten: «Lord Devlin pensó que Mill erraba al considerar que puede haber inmoralidades, que por ser privadas, no conciernen al Derecho (...). Devlin obviamente no comprendió a Mill»¹¹⁰⁷.

Todo parece apuntar que un concepto relevante de daño necesita delimitarse valorativamente. La determinación de qué intereses deban ser protegidos requiere ineludiblemente un juicio moral. Como explica Feinberg:

«En cualquier formulación plausible del principio del daño este concepto tiene inevitablemente un sentido normativo, cuyo significado central es el de acción incorrecta, injusta o indebida hacia otro (...). La referencia inicial a invasión de intereses de otro que, en su sentido más amplio, tiene esa idea debe verse completada por juicios sobre la importancia relativa de los distintos intereses desde la que puede sostenerse lo *injustificado* de la invasión»¹¹⁰⁸.

Nuestros desacuerdos sobre lo que constituye un daño a otro que justifique el recurso a instrumentos penales refleja, al final, un desacuerdo entre juicios valorativos acerca de lo que es debido a una persona o el peso de sus intereses legítimos desde los principios de una moral política, sin los que el principio del daño no tendría sentido. Para Neil MacCormick:

«La ley penal, al prohibir la conducta intencionadamente lesiva y al someter a castigos a los que infligen el daño, parece hacer cumplir forzosamente exigencias que también son exigencias morales (...). Entonces, determinar qué casos merecen la activación del principio del daño para ser punibles conlleva necesariamente una toma de decisiones llevadas a cabo no obstante su carga moral. Es más, el recurso a la ley penal es siempre parasitario de -o subordinado a- un orden legal establecido de derechos y deberes en las esferas del derecho público y privado. Dicho orden de derechos y deberes ha de fundamentarse en alguna (aunque confusa y fragmentada) concepción sobre una ordenación justa de la sociedad. Los intereses protegidos de invasión mediante leyes penales son intereses legitimados por una concepción determinada relativa a un orden social justo.

¹¹⁰⁶ RYAN A., “John Stuart Mill’s Art of Living”, en *J.S. Mill’s On Liberty in Focus*, J. Gray y G.W. Smith (eds.), Routledge, London, 1991, pp. 167.

¹¹⁰⁷ TEN C.L., *Mill on Liberty*, op. cit., p. 40.

¹¹⁰⁸ FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. I: Harm to others, op. cit., pp. 34 y 35.

Todo ello niega que el concepto de ‘daño’ pueda interpretarse de manera plausible como un concepto moralmente neutro»¹¹⁰⁹.

Si por daño entendemos, como se ha venido haciendo y parece lo más correcto, una afectación negativa a intereses de otros, resulta claro que no cualquier interés será de la entidad suficiente como para poner en marcha los mecanismos sancionatorios del Derecho. Nadie sostendría que la protección de los intereses más triviales de cada uno son dignos para activar el aparato coactivo e infligir castigos a quienes los ataquen. Si el criterio de Mill divide las acciones entre aquellas que nos afectan solo a nosotros mismos y aquellas que afectan a otros, para concluir que solo las primeras deben quedar al margen de la interferencia estatal, su principio no solo carece de interés teórico, sino que difícilmente puede ser tildado de liberal, ya que solo de algunas de las acciones triviales puede decirse que afecten únicamente al propio agente.

Por otro lado, podría aceptarse que la mera contemplación o conocimiento de que un individuo realiza acciones que consideramos inmorales, perversas, innobles o perjudiciales para él mismo pueden “dañarnos”, en el sentido de afectar a nuestros sentimientos, intereses o bienestar, lo que sería motivo suficiente, desde el propio principio liberal del daño, para impedir jurídicamente esos comportamientos. Pero precisamente el *On Liberty* es «una protesta contra la apelación de que los sentimientos de la mayoría sean buenas y relevantes razones para restringir las acciones de los individuos»¹¹¹⁰. Lo que Mill quiere evitar es que tales sentimientos de disgusto o aborrecimiento cuenten como daño en el sentido que le estamos dando, ya que «hay muchos que consideran como una ofensa toda conducta que les disgusta, tomándola como un ultraje a sus sentimientos»¹¹¹¹. Para Mill la esfera de lo privado se constituye alrededor del ámbito de lo íntimo y se protege bajo una libertad que «dibuja una barrera entre el individuo y la sociedad, negándole a ésta el derecho a interferir sobre un determinado espacio»¹¹¹². Mill concedía lo que sus críticos siempre han afirmado contra él:

«Que cualquier acto, por más personal que sea, puede tener importantes efectos sobre los demás. Reconocía, por ejemplo, que si un hombre bebe hasta enfermarse, su acto causará dolor a hombres y mujeres bienintencionados que se afligirán al ver dilapidar una vida humana. La decisión de beber es, sin embargo, una decisión subjetiva, no porque sus consecuencias no sean reales o socialmente

¹¹⁰⁹ MACCORMICK N., *Derecho legal y socialdemocracia*, op. cit., pp. 34, 35 y 36.

¹¹¹⁰ TEN C.L., *Mill on Liberty*, op. cit., p. 15.

¹¹¹¹ MILL J.S., *Sobre la libertad*, op. cit., p. 192.

¹¹¹² CARUNCHO MICHINEL C., *Sobre la libertad. A propósito de la obra de John Stuart Mill*, op. cit., p. 48.

importantes, sino porque, como dice Mill, funcionan a través de la personalidad del actor. No podríamos suponer que la sociedad tenga derecho a liberarse de la compasión o el remordimiento, sin suponer que tiene derecho a decidir qué clase de personalidad han de tener sus miembros, y este derecho es el que Mill consideraba incompatible con la libertad»¹¹¹³.

Ya nos recordaba Hayek que «cuando las prácticas privadas no pueden afectar a nadie más que a los voluntarios actores adultos, la mera aversión por los actos de los demás e incluso el conocimiento de que otros se perjudican con lo que hacen no proporciona terreno legítimo para la coacción». Y añade:

«El simple hecho de que una acción resulte antipática a algunos no puede constituir base suficiente para prohibirla. En términos generales, lo expuesto significa que la moralidad de la acción dentro de la esfera privada no es objeto adecuado del control coactivo por parte del Estado. Quizá una de las más importantes características que distinguen la sociedad libre de la que carece de libertad es que en el campo de la conducta y en asuntos que no afectan directamente a la esfera protegida de los demás, los preceptos que de hecho cumple la mayoría son de carácter voluntario y no se convierten en obligatorios mediante la coacción»¹¹¹⁴.

El escrito *Sobre la libertad* es, en buena medida, un alegato contra la apelación a que los sentimientos de desaprobación moral de una mayoría cuenten como razón para la restricción de la libertad individual. Por tanto, especificar qué debe entenderse por ‘daño’ significa que es preciso determinar los intereses que deben ser jurídicamente protegidos, y ésta es una cuestión moral, que se discute con argumentos morales y desde valores morales, pues buscamos calibrar intereses desde los que se interfiera o coarte la libertad individual, cuyo valor *moral* no puede ser derrotado por cualquier interés trivial.

Por último, la limitación de la coerción por el Estado de la libertad individual que el principio del daño establece se funda en razones morales, esto es, en la protección de valores morales. En el caso de Mill este valor es el de la *individualidad*, la capacidad del individuo de establecer su propio juicio de lo que es valioso moralmente y, por ende, acerca de qué fines debe perseguir en su búsqueda de una vida buena. El valor de juzgar

¹¹¹³ DWORKIN R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 378.

¹¹¹⁴ HAYEK F.A., *Los fundamentos de la libertad*, op. cit., p. 192. Cuenta el Nobel de Economía de 1974, en la nota al pie núm. 18 de la página citada, que “un ejemplo muy conocido de este problema, que reviste caracteres agudos para nuestra sociedad, lo constituye el tratamiento de la homosexualidad”. Y utiliza Hayek el argumento esgrimido por Bertrand Russel en “John Stuart Mill”, *Proceedings of the British Academy*, LXI, 1955, p. 55: “Si todavía se creyera, como se creyó en otras épocas, que la tolerancia de tal conducta exponería a la comunidad a la suerte de Sodoma y Gomorra, dicha comunidad tendría toda la razón para inmiscuirse”. Y concluye Hayek: “Ahora bien, donde tales creencias no prevalecen, la práctica privada entre adultos, por muy repugnante que para la mayoría pueda ser, no constituye materia propia de la acción coactiva de un Estado”.

y elegir por sí mismo es para Mill un valor intrínseco y permite además el desarrollo de las capacidades personales más elevadas y distintivas de la especie humana. Pero frente a la afirmación del valor prioritario de la individualidad (o, para muchos liberales contemporáneos, el de la autonomía) los adversarios del principio del daño responden alegando la importancia similar o preeminente de otros valores, como la felicidad u otros intereses o capacidades de los seres humanos, o los valores de la moral social constitutivos o condicionantes de la vida buena de los individuos. Cualquier respuesta a la cuestión del uso correcto del poder político se dará desde principios prácticos de conducta que son principios morales. Sin intentar enmascararlo ni ocultarlo, es preferible aceptar que el principio de Mill es un planteamiento moral y que como tal debe ser considerado para salvar lo valioso y útil que nos pueda seguir aportando:

«El liberalismo se asocia con frecuencia a la idea de neutralidad moral, pero nunca Mill buscó tal neutralidad. Las intrusiones aun en la esfera privada, pero que se permiten por ser constitutivas de un daño a otro, evidencian que Mill tenía una teoría moral, que respaldaba la justificación de sancionar hasta las conductas privadas si éstas eran dañinas para terceros. En consecuencia, es imposible atribuirle una pretendida neutralidad moral a menudo asociada al liberalismo»¹¹¹⁵.

La defensa de este principio liberal de Mill no puede escapar de su condición de posición moral. La tesis liberal de la no imposición jurídica de valores morales, de la tolerancia o neutralidad moral del Estado debe reformularse a partir de esta constatación.

¹¹¹⁵ HAMBURGUER J., *John Stuart Mill On Liberty and Control*, op. cit., p. xiii.

CAPÍTULO CUARTO

James Fitzjames Stephen: Una lectura conservadora de la moral social

1. INTRODUCCIÓN.

Sir James Fitzjames Stephen (1829-1894), barón, fue un afamado abogado inglés, prolífico ensayista, pensador político, autor de influyentes tratados de Derecho Penal, oficial de las colonias británicas y juez de la High Court.

Los escritos de Stephen dan muestra de la llamada crisis del pensamiento victoriano¹¹¹⁶. La segunda mitad del siglo XIX estuvo marcada por un continuo deterioro de las ideas políticas, sociales y religiosas que durante mucho tiempo habían sustentado a la tradición inglesa. El paso de Inglaterra de una oligarquía a una democracia y la decadencia del cristianismo ortodoxo produjo una importante falta de confianza entre la clase intelectual. Como muchos de sus contemporáneos, Fitzjames Stephen estaba preocupado por la preservación de la libertad y la cultura en un momento en el que el poder político estaba pasando a manos de una multitud poco ilustrada y la sanción religiosa de la moralidad empezaba a difuminarse.

El principal objeto del presente capítulo es el análisis de su obra *Liberty, Equality, Fraternity* (1873), un ataque directo a la teoría política de John Stuart Mill contenida en su *On Liberty* (1859). Para una mejor comprensión será preciso, antes de adentrarnos en dicho estudio, detenernos en conocer la biografía y el contexto social de un personaje que quizás haya pasado algo desapercibido en nuestro entorno académico. Y, a través de ese recorrido, ir desgranando los motivos y argumentos que adujo el juez Stephen, desde su peculiar pensamiento conservador, para rebatir el liberalismo de John Stuart Mill.

A lo largo de su vida Fitzjames Stephen se centró en el estudio de los principios del liberalismo clásico. Sin embargo, por ser el crítico más contumaz de John Stuart Mill -quien ocupa el lugar más destacado dentro del panteón de los liberales del siglo XIX- el pensamiento político de Stephen ha pasado a la historia como conservador. Intentaré hacer hincapié en que, aunque Stephen y Mill forman parte del consenso liberal que caracteriza a la Inglaterra de mediados del siglo XIX, el liberalismo de Stephen difiere significativamente del de Mill. Al refutar a Mill, Stephen ofrece una reinterpretación

¹¹¹⁶ Comienza el *senior Lecturer in Law* K.J.M. Smith el prefacio a su biografía de James Fitzjames Stephen señalando que “era un ejemplo excepcional, casi sobrenatural, sobresaliente entre aquella variedad de individuos que en la Inglaterra Victoriana fueron el símbolo de una época: alguien que conjugó magistralmente su carrera vital y profesional con un portentoso papel intelectual en los grandes acontecimientos sociales y políticos que Inglaterra estaba experimentando entonces”, SMITH K.J.M., *James Fitzjames Stephen: Portrait of a Victorian Rationalist*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, p. ix.

importante del *On liberty* que debe ser de gran interés para quienes estén preocupados por la suerte que pueda correr el liberalismo hoy.

2. REFERENCIA BIOGRÁFICA.

No son muchos los estudios realizados en profundidad en torno a la figura de Fitzjames Stephen. Y ello a pesar de que su hermano, Leslie Stephen (1832-1904), conocido escritor, realizara la biografía más autorizada que sobre él existe, publicada un año después de su muerte¹¹¹⁷. Junto a este texto capital para conocer la figura de Stephen, no han faltado otras rigurosas referencias bibliográficas que son ya clásicas y de obligada cita para un conocimiento adecuado de la vida y obra del juez, como la de Wedgwood, aparecida un año después de su muerte con carácter necrológico¹¹¹⁸, o el discurso pronunciado por el que fuera director del departamento de Derecho Penal y fellow del Trinity College, Leon Radzinowicz, en la Selden Society Lecture celebrada en el Senate House de la Universidad de Londres el 30 de julio de 1957 durante el *80th Annual Meeting of the American Bar Association*¹¹¹⁹, la biografía de James A. Colaiaco en 1983¹¹²⁰, la de K.J.M. Smith en 1988¹¹²¹ o la de John Hostettler en 1995¹¹²².

Si en su propio ámbito anglosajón se le ha prestado su justa atención, en nuestro entorno hispano los estudios sobre Stephen escasean más. Y las citas se ciñen a una puesta en relación con Mill, mencionándolo en la nómina de sus oponentes o como un antecedente de la polémica Hart-Devlin. Pero seguimos careciendo de algún estudio en

¹¹¹⁷ STEPHEN L., *The Life of Sir James Fitzjames Stephen, Bart., A Judge of the High Court of Justice*, Smith, Elder & Co, Londres, 1895. Teniendo en cuenta que, debido al parentesco familiar, dicho texto de referencia inexcusable para cualquier estudio sobre Stephen habrá que leerse con las debidas cautelas por “los sentimientos de duelo que acompañaban al autor durante las fechas de redacción, su no menor admiración por las habilidades de su hermano más allá del oficio jurídico y la falta de capacidad técnica de un novelista como Leslie Stephen para evaluar los logros de su hermano en el mundo del Derecho”, HEYDON J.D., “Reflections on James Fitzjames Stephen”, en *University of Queensland Law Journal*, vol. 29, núm. 1, 2010, p. 43. Que su principal biógrafo fuera ajeno al campo de las ciencias jurídicas y la subjetividad de la que se puede responsabilizar a Leslie Stephen por un relato biográfico poco imparcial, son circunstancias que no impiden tomar conciencia del impacto e importancia que tuvo Fitzjames Stephen en su época. Ni tampoco menoscaban el valor y crédito que el propio libro merece para el estudio de la figura del juez.

¹¹¹⁸ WEDGWOOD J., *James Fitzjames Stephen*, A. Strahan, London, 1895.

¹¹¹⁹ RADZINOWICZ L., *Sir James Fitzjames Stephen, 1829-1894: and his Contribution to the Development of Criminal Law*, Bernard Quaritch, London, 1957.

¹¹²⁰ COLAIACO J.A., *James Fitzjames Stephen and the Crisis of Victorian Thought*, Macmillan, Londres, 1983.

¹¹²¹ SMITH K.J.M., *James Fitzjames Stephen*, op. cit.

¹¹²² HOSTETTLER J., *Politics and Law in the Life of Sir James Fitzjames Stephen*, Barry Rose, London, 1995.

profundidad y de traducciones tanto de las propias obras de Stephen como de la bibliografía crítica sobre él.

Comenzaremos señalando algunos aspectos de la biografía de J.F. Stephen. Nació un 3 de marzo de 1829, en Kensington (Londres). Era nieto de James Stephen (1758-1832), un abogado abolicionista que colaboró con su cuñado, William Wilberforce, en la campaña de Clapham para terminar con la trata de esclavos. J.F. Stephen era hijo de James Stephen (1789-1859), subsecretario de la Oficina Colonial desde 1836 hasta 1847, jugando también un papel clave en la abolición de la esclavitud. Desde junio de 1849 fue Regious Professor de Historia moderna en la Universidad de Cambridge. Su madre, Jane Catherine Venn (1793-1875) era la hija de John Venn, rector de Clapham¹¹²³.

Fitzjames Stephen era el mediano de cinco hijos. Más joven que él era su hermano Leslie Stephen (1832-1904), un célebre novelista padre de la pintora Vanessa Bell (1879-1961) y de la escritora Virginia Woolf (1882-1941). Sobrinas, por tanto, de Stephen.

J.F. Stephen conoció a Mary Richenda Cunningham (1830-1912), la hija de un clérigo, en el verano de 1850¹¹²⁴. Se casaría con ella en abril de 1855 y de aquél matrimonio nacerían diez hijos, de los cuales cuatro fallecieron antes que su padre. Su hija mayor, Katherine, llegó a ser directora del Newnham College, en Cambridge.

Stephen y su familia estuvieron siempre muy bien relacionados con importantes figuras de la alta intelectualidad británica, como los Macaulay, los Dicey, la familia Trevelyan, los Strachey o la familia Thackeray. Stephen fue el albacea testamentario del historiador y ensayista británico Thomas Carlyle (1795-1881). Henry S. Maine (1822-1888), aristócrata inglés, influyente abogado y profesor en Oxford y Cambridge, fue para Stephen como una especie de mentor, enseñándole todo cuanto debería saber del oficio de abogado cuando empezó a trabajar en los despachos.

Fue educado en Eton y durante poco tiempo estuvo en el King's College de Londres donde «encontrará una vida agradable»¹¹²⁵. En 1847 llega al Trinity College de Cambridge siendo «recordado durante mucho tiempo como uno de sus *Apóstoles*»¹¹²⁶.

¹¹²³ El matrimonio supuso “la unión de los Stephen, una estirpe de abogados originarios de Escocia, con los Venn, una dinastía clerical que se remonta a épocas de los Tudor”, SMITH K.J.M., *James Fitzjames Stephen*, op. cit., p. 1.

¹¹²⁴ SMITH K.J.M., *James Fitzjames Stephen*, op. cit., p. 8.

¹¹²⁵ RADZINOWICZ L., *Sir James Fitzjames Stephen*, op. cit., p. 5.

¹¹²⁶ RADZINOWICZ L., *Sir James Fitzjames Stephen*, op. cit., p. 5.

En la primavera de 1851 Sir James Stephen y su hijo «se sentían muy abatidos: había llegado el momento de que el joven Fitzjames armara su mente y decidiera qué vocación iba a seguir. La vida académica ya había acabado para él; quedaba la Iglesia, la abogacía o la profesión médica»¹¹²⁷.

Fue entonces cuando decidió buscar trabajo por su propia cuenta en algún despacho de abogados. Ingresó en el *Inner Temple* (una de las cuatro *Inns of Court*¹¹²⁸) y le llamaron para trabajar en un bufete en enero de 1854. Siendo consciente de las carencias de su formación jurídica, decidió licenciarse en Derecho (LL.B) en la Universidad de Londres y «no sólo acabó el curso, sino que además ganó una beca»¹¹²⁹, uniéndose a *Midland Circuit*.

El resto de su biografía ya corre en paralelo a una infatigable y fructífera trayectoria profesional, que sólo se interrumpió por su muerte el 11 de marzo de 1894, a los 65 años de edad, en Ipswich (Suffolk).

3. SEMBLANZA DE UNA FUERTE PERSONALIDAD.

Mark Francis y John Morrow, en su *History of English Political Thought in the Nineteenth Century*, comienzan el capítulo dedicado a James Fitzjames Stephen señalando la peculiar dificultad que supone clasificarle «porque muchas de sus actitudes le parecerían al lector del siglo veinte como misóginas, misántropas o simplemente reaccionarias»¹¹³⁰.

Stephen era un hombre de carácter y de fuerte personalidad. Relata su hermano Leslie que un compañero de Cambridge así le definía:

«Una singular fuerza en el carácter, su intelecto poderoso (...), su brusquedad ‘Johnsoniana’ tanto en el discurso como en sus modales y maneras, mezclada con su correspondiente calidez y compasión ‘Johnsoniana’, la lealtad a los amigos con problemas, su fuerza en la aserción de

¹¹²⁷ RADZINOWICZ L., *Sir James Fitzjames Stephen*, op. cit., p. 6.

¹¹²⁸ Es una institución típica de la judicatura británica, con el derecho exclusivo de nombrar candidatos para el Colegio de Abogados en Inglaterra.

¹¹²⁹ RADZINOWICZ L., *Sir James Fitzjames Stephen*, op. cit., p. 7.

¹¹³⁰ FRANCIS M. y MORROW J., *A History of English Political Thought in the Nineteenth Century*, St. Martin's Press, New York, 1994, p. 257.

opiniones, el mantenimiento férreo de sus principios, desdeñando cualquier concesión por pequeña que fuera si solo servía para ganarse una hueca popularidad»¹¹³¹.

Su voz era resonante, grave, y sus comportamientos rápidos. Leon Radzinowicz ha escrito: «en apariencia física, Stephen posee un fuerte parecido a un acantilado, y su psicología no es menos abrupta»¹¹³². La calidez y el afecto que aparecen en la vida privada contrastan con su imagen pública:

«Se planta una cabeza de proporciones enormes, donde nada interviene a excepción de un pequeño cuello, sobre los hombros de un gigante. La fuerza se escribe sobre cada línea de su rostro, sobre cada pulgada de su tronco (...). Carece de cordialidad y de fantasía, en su lugar aparece una percepción sombría que no descubre lo que quiere y no quiere decir (...). Para él trabajar es como si fuera un pasatiempo»¹¹³³.

Lytton Strachey, sobrino de su amigo John Strachey, dijo de él: «Sus cualidades eran la solidez y la fuerza; él conjugó un carácter formidable con un robusto juicio intelectual, un sentido común colosal»¹¹³⁴.

Stephen no evitó las consecuencias desagradables que le pudiera acarrear su trabajo como abogado, asumió cualquier responsabilidad por dura que fuera y la poca popularidad que sus defensas le reportaban. Su sentido del deber estaba por encima de ello. Era un experto en el manejo de los recursos y estilos literarios: el análisis exacto, la burla mordaz, la invectiva feroz, la retórica. Un ejemplo característico de su prosa lo encontramos en el extracto del siguiente artículo publicado en *The Times* el 4 de enero de 1878:

«El poder británico en la India se parece a un puente enorme sobre el cual una enorme multitud de seres humanos pasa, y (creo) seguirán pasando durante años, de una tierra triste, en la cual la violencia bruta ha forjado su voluntad durante siglos -una tierra de guerras crueles, supersticiones horribles, debilitada por la plaga y el hambre-, a un país el cual, no siendo yo un profeta ni queriendo dibujar un cuadro idílico, es al menos ordenado, pacífico y trabajador, y que, sabiendo lo contrario, podemos ser la horquilla de cambios comparables a los que supusieron para la humanidad la imperecedera herencia del Imperio Romano. El puente no fue construido sin luchas desesperadas y sacrificios costosos. Un mero puñado de nuestros campesinos le guarda la entrada y guarda el orden entre la muchedumbre. Si el puente se cae, el infortunio sobrevendrá a los que

¹¹³¹ STEPHEN L., *The Life of Sir James Fitzjames Stephen*, op. cit., p. 94.

¹¹³² RADZINOWICZ L., *Sir James Fitzjames Stephen*, op. cit., p. 5.

¹¹³³ ESCOTT T.H.S., *Society in London, by a Foreign Resident*, Chatto and Windus, London, 2nd ed. 1885, pp. 142-143.

¹¹³⁴ STRACHEY L., "The First Earl of Lytton", en *Independent Review*, núm. 12, marzo 1907, pp. 332-333. Citado por HEYDON J.D., *Reflections on James Fitzjames Stephen*, op. cit., p. 46 y en SMITH K.J.M., *James Fitzjames Stephen*, op. cit., p. 319, n. 51.

esperaban algo de nosotros, con él caerán las esperanzas de acceso a una tierra mejor. Si cerramos alguno de los extremos del puente, ¿qué será de ellos? Uno de sus muelles de embarque es el poder militar; el otro es la justicia; lo cual significa una determinación firme y constante de Inglaterra para promover, imparcialmente y por todos los medios legales, lo que ellos (los ingleses) consideran como el perdurable bien de los habitantes de la India».

El estilo de Stephen puede estar totalmente desfasado, incluso hoy sus palabras sonarían arrogantes y grandilocuentes. Pero era sincero al expresar sus convicciones. De ahí que escriba Radzinowicz:

«Había un lado puritano en Stephen; y de su puritanismo deriva un convencimiento en la idea de la supervivencia solo del más apto. Él estaba convencido de la indignidad maldita de la humanidad y de su incurable apatía hacia la salvación. Era un predicador de la inevitabilidad del dolor y la tristeza, que eran nuestros compañeros eternos desde la cuna hasta la tumba, y de la insignificancia individual de la vida humana, especialmente concebida, sentida y evaluada en términos de una experiencia placentera»¹¹³⁵.

Recuerda Stefan Collini que «el obituario de Fitzjames Stephen en *Law Times* en 1894 le clasificó como ‘un legislador, un jurista, un polemista, más que un abogado’, y que dicho obituario observara que él había sido ‘un filósofo entre abogados y abogado entre filósofos’ fue una descripción, por lo menos, de doble filo, que no gustó a los ojos de la mayoría de abogados y procuradores que leían esta publicación profesional»¹¹³⁶.

Toda su vida la dedicó al deber tal y como él lo entendió: «A menudo se levantaba temprano para escribir antes del desayuno; otras veces trabajaba hasta bien entrada la noche. Su enorme energía asombró a sus amigos e irritó a sus adversarios»¹¹³⁷. Para él la virtud y la felicidad florecían solo estando en activo, inquieto, en lucha sin fin:

«Él no encontraba otra alternativa para la humanidad sino era dentro de una vida de sumisión y rectitud, en heroica autoabnegación, como un regimiento de soldados en batalla, o una tripulación tirando de su carga entre los dientes en medio de una tempestad»¹¹³⁸.

¹¹³⁵ RADZINOWICZ L., *Sir James Fitzjames Stephen*, op. cit., pp. 10-11.

¹¹³⁶ COLLINI S., *Public moralists: Political Thought and Intellectual Life in Britain 1850-1930*, Clarendon Press, Oxford, 1991, pp. 305-306.

¹¹³⁷ COLAIACO J.A., *James Fitzjames Stephen and the Crisis of Victorian Thought*, op. cit., p. 6.

¹¹³⁸ RADZINOWICZ L., *Sir James Fitzjames Stephen*, op. cit., pp. 12-13.

4. UN CRISTIANO POCO *ORTODOXO*.

En su desarrollo espiritual, «Stephen comenzó como evangélico, llegó a aceptar las opiniones de la Broad Church y, aunque siempre conservó su creencia en Dios y en la vida futura, poco a poco perdió la fe en el Cristianismo»¹¹³⁹.

El pensamiento religioso de Stephen estuvo profundamente influenciado por las creencias evangélicas liberales de su padre. Sir James Stephen era más liberal que la mayoría de los evangélicos de su día, y su profundo sentido de la responsabilidad le hizo pensar que lo mejor sería que sus hijos conocieran a Dios con amplitud de miras y cada uno por su cuenta sin condicionamientos.

Como otros evangélicos, los hijos de Stephen aprendieron a amar a Dios, a leer la Biblia y a guardar el sábado. Nunca sintieron que su religión les fuera forzosamente impuesta; más bien, la asumieron como una parte normal de sus vidas.

La primera experiencia religiosa madura de Stephen ocurrió durante los años en los que era estudiante del King's College. Uno de los más importantes teólogos anglicanos del siglo fue F.D. Maurice (1805-1872), un predicador que atraía a una gran audiencia. Stephen asistió a sus sermones y leyó la mayoría de sus obras mientras estaba en el College. En su libro *The Kingdom of Christ* Maurice mantenía que todas las religiones contienen un grado de verdad.

Stephen leyó también el *Creed of Christendom* del ensayista W.R. Greg (1809-1881), un ataque a la lectura historicista de la Biblia. Así, por la década de 1850, la filosofía de Stephen era una combinación de un Utilitarismo en el que empezaba a diluirse su creencia evangélica.

En 1865 Stephen publicó su obra *Ecce Homo*, una vida anónima de Cristo. Su audaz presentación de Cristo en términos puramente humanos causó un gran revuelo entre los ortodoxos.

El interés de Stephen por la religión tampoco decayó durante sus años en la India: «para comprender el pensamiento religioso de su nueva atmosfera, buscó ayuda en los

¹¹³⁹ COLAIACO J.A., *James Fitzjames Stephen and the Crisis of Victorian Thought*, op. cit., p. 167.

escritos de los antiguos. Se sumió en la relectura de los clásicos. Esquilo, Demóstenes, Platón, Aristóteles y Cicerón fueron devorados a un ritmo trepidante»¹¹⁴⁰.

Poco después de su regreso en 1872, Stephen fue invitado a formar parte de la *Metaphysical Society*. Fundada en 1869 por John Knowles y Tennyson, entre sus sesenta y dos miembros se incluían algunas de las mentes más grandes de la Inglaterra Victoriana: Bagehot, W.K. Clifford, J.A. Froude, Gladstone, Frederic Harrison, R.H. Hutton, T.H. Huxley, Manning, Morley, Ruskin, Seeley, Henry Sidgwick, Leslie Stephen, John Tyndall y W.G. Ward. Stuart Mill declinó su invitación para participar, debido a que las preguntas a las que el Grupo se proponía hacer frente debían mejor ser tratadas por el diálogo socrático que por la discusión en una gran asamblea. Las reuniones generaron mucho interés e ilustraron las preocupaciones de los intelectuales del momento. La *Society* se convirtió en un foro de las polémicas entre los racionalistas y los teístas. Los miembros de la Sociedad se reunían nueve veces al año en Londres, para escuchar y redactar documentos de trabajo sobre cuestiones religiosas y filosóficas. Se presentaron un total de noventa y cinco artículos, muchos de los cuales fueron publicados en las revistas *Contemporary Review* y *Nineteenth Century*. En 1880, cuando pensaron que nada más podría extraerse ya de los debates, la Sociedad fue disuelta.

Entre 1874 y 1879, Stephen había contribuido con siete ponencias, más que cualquier otro miembro a excepción de R.H. Hutton. Los trabajos de Stephen fueron dirigidos directamente contra los teístas ortodoxos. En cada uno de ellos, tomó la posición de un empirista en filosofía y un liberal en religión.

Stephen se convertía en la década de 1870 en un férreo crítico del Cristianismo. Insistió en que la religión cristiana solo sería lo suficientemente fuerte hasta allí donde alcanzara demostrar. Lo que se escapara a la evidencia, se reservaba al beneficio de la duda.

El mayor temor de Stephen era que, en esa lucha contra el Cristianismo, la victoria del racionalismo podría también implicar consecuencias desastrosas. Puesto que la disminución de la incidencia religiosa se acompañaría de un menoscabo de la moral tradicional, el orden social se vería severamente amenazado. En un momento en el que parecía inevitable el triunfo de la democracia, Stephen creyó que Inglaterra podía sufrir consecuencias insospechadas si se perdían las sanciones religiosas. Por ello, Stephen pasó

¹¹⁴⁰ COLAIACO J.A., *James Fitzjames Stephen and the Crisis of Victorian Thought*, op. cit., p. 187.

la última parte de su vida luchando por encontrar sanciones morales que reemplazaran a las anteriormente ejercidas por la religión.

Íntimamente relacionado con su filosofía penal, existe un dato que distingue particularmente a Stephen dentro de la tradición conservadora. Y es precisamente esa contumaz crítica y actitud vacilante hacia la religión católica. Su filosofía penal es inescindible de su postura ante el catolicismo. Junto con una ardiente defensa del patriotismo, el pensamiento de Stephen «estuvo fuertemente influenciado por sus actitudes hacia la religión, que a su vez influyeron en su concepción del pensamiento liberal. La aguda aversión de Stephen al catolicismo afectó a casi todos los aspectos de su pensamiento social y político»¹¹⁴¹.

Stephen «albergó dudas poco ortodoxas sobre el cristianismo». Esta actitud es fácilmente comprobable en el papel que asumió «como defensor del casi herético Rowland Williams ante la corte eclesiástica; Stephen era consciente de las opiniones teístas y agnósticas de muchos miembros de la intelectualidad victoriana»¹¹⁴².

Estas críticas a la religión católica se hacen ver también en el curso de su discusión en el *Liberty, Equality, Fraternity*. Por ejemplo, cuando Mill afirma que la opinión pública tiene que tener límites al interferir en la vida privada de los individuos, para la salvaguarda de la privacidad, Stephen, curiosamente, está pensando en el sacramento de la confesión al definir su postura sobre este punto. La privacidad, mantiene, «puede ser violada no sólo por un extraño, sino por obligar o persuadir a una persona para dirigir la atención a sus sentimientos y dando demasiada importancia a su análisis»¹¹⁴³. Estaba totalmente en desacuerdo con el sacramento de la confesión, pues contradecía el mantenimiento de la autoestima y podría sólo «embotar la conciencia en cuanto a actos similares en el futuro»¹¹⁴⁴. Por otra parte, su parecer descansaba sobre la dudosa suposición de la facultad que podían poseer los sacerdotes (simples mortales) para conmutar delitos en pecados. La falta total de simpatía de Stephen con el catolicismo es evidente en sus palabras finales sobre este tema: «que cualquier criatura humana debe realmente desnudar su alma para su inspección por cualquier otro y ser capaz de mantener

¹¹⁴¹ STAPLETON J., “James Fitzjames Stephen: Liberalism, Patriotism, and English Liberty”, en *Victorian Studies*, vol. 41, núm. 2, 1998, pp. 252.

¹¹⁴² FRANCIS M. y MORROW J., *A History of English Political Thought in the Nineteenth Century*, op. cit., p. 261.

¹¹⁴³ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity* op. cit., p. 160.

¹¹⁴⁴ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 161.

luego su cabeza, no es, supongo, imposible, porque muchas personas dicen hacerlo; pero ser un espectador exterior es inconcebible»¹¹⁴⁵.

Sin embargo, ese recelo hacia el catolicismo se veía contrarrestado con la importante misión conformadora que la religión cumple en las sociedades, para la estabilidad de los gobiernos y el correcto ejercicio del poder. Stephen abogaba «por un control único e indiviso de la vida por un gobierno que descansara sobre una base religiosa»¹¹⁴⁶, ya que «todo gobierno tiene y debe tener por necesidad una base moral y, dado que la conexión entre moral y religión es tan íntima, ello implica que esta base deba ser finalmente considerada como religiosa»¹¹⁴⁷.

5. TRAYECTORIA INTELECTUAL.

Hasta 1869 Fitzjames Stephen trabajó en *Midland Circuit*. Todavía era un abogado desconocido. Sin embargo, ya había aparecido en dos causas célebres: la defensa del Reverendo Rowland Williams¹¹⁴⁸, en 1861, con cargos de herejía, y más tarde, en el malogrado procesamiento a Edward John Eyre en 1865.

Edward John Eyre había sido nombrado Gobernador de Jamaica en 1864. En los primeros años de 1860, George Gordon, un mulato miembro de la legislatura de Jamaica y enemigo político de Eyre, incitó a la población negra a la agitación contra el gobierno, por salarios más altos y mejores condiciones de trabajo. En octubre de 1865, en la bahía de Morant, se produjo un motín iniciado por algunos seguidores de Gordon que asesinaron a varios residentes blancos. El gobernador Eyre respondió enviando tropas para sofocar la rebelión. El resultado fue que casi cien negros fueron fusilados sumariamente sin juicio y más de treinta fueron ejecutados tras un consejo de guerra. Gordon, aunque no había tomado parte en la rebelión, fue juzgado y ahorcado.

El incidente despertó una tormenta de protestas en Inglaterra. La conducta de Eyre se debatió en el Parlamento alegando que se había excedido en el ejercicio de su autoridad. Eyre fue reclamado desde la metrópoli para comparecer y dar explicaciones.

¹¹⁴⁵ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 161.

¹¹⁴⁶ BARKER E., *Political Thought in England: 1848 to 1914*, Oxford University Press, London, 2ª ed. 1928, reimpr. 1954, p. 149.

¹¹⁴⁷ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 90.

¹¹⁴⁸ De sus reflexiones sobre aquel asunto escribió *Defence of the Rev. Rowland Williams, D. D., in the Arches Court of Canterbury*, Smith, Elder & Co., London, 1862.

A finales de 1865, los críticos de Eyre formaron el *Comité de Jamaica*¹¹⁴⁹, con John Stuart Mill como presidente¹¹⁵⁰ (primero lo había sido Mr. Charles Buxton), para reivindicar el enjuiciamiento del Gobernador. Fitzjames Stephen fue nombrado abogado de la *Jamaica Committee*. Para él, como para el resto de miembros, Eyre se había excedido de su autoridad al ordenar la ejecución de Gordon. A principios de 1866, Stephen emitió la opinión de la *Comisión de Jamaica*, con cargos contra Eyre por abuso de poder y culpable de asesinato. Argumentó ante el Tribunal que la cuestión era si el Imperio Británico debía ser gobernado por la ley o por el despotismo arbitrario. Para Stephen, la justicia requiere que nadie deba estar por encima de la ley. Las leyes militares sólo están justificadas como medio para restaurar el orden civil y que, una vez restablecido, el ejercicio de la fuerza ya no está justificado. El caso fue despachado por los magistrados aduciendo que las pruebas presentadas no establecían ninguna evidencia de culpabilidad. Después del fracaso de su acusación, Stephen recomendó, pese al desacuerdo del presidente Stuart Mill, que el *Comité de Jamaica* abandonara la causa. Stephen dejó su cargo, aunque la Comisión persistió en sus esfuerzos hasta el último fracaso en 1868.

En cuanto a sus escritos, en 1863 había publicado *A General View of the Criminal Law of England*¹¹⁵¹. Este libro puso de manifiesto una de las características más sobresalientes del pensamiento de Stephen. Para él, ley, religión, moral y política conforman una red sin fisuras. En una época que fue testigo de la descomposición de muchas de las viejas certezas del pensamiento Victoriano, Stephen concibe un Derecho Penal como el máximo protector que vela por seguir manteniendo la unidad de lo verdaderamente valioso de una sociedad que estaba peligrosamente transformándose.

En 1868 editó la séptima edición de *Roscoe's Digest of the Law of Evidence in Criminal Cases*. A lo largo de los años 50s y 60s publicó una enorme cantidad de artículos especializados en prensa de alto nivel. Aunque «a menudo se dice que los despachos de abogado son como una amante celosa que exige una lealtad indivisa, de 1854 a 1869 Stephen estuvo llevando una doble vida. Quien es bien recordado como historiador del

¹¹⁴⁹ Sobre el *Comité de Jamaica* y su desarrollo en torno al incidente en la colonia, ver SMITH K.J.M., *James Fitzjames Stephen*, op. cit., pp. 135-138.

¹¹⁵⁰ Stuart Mill relata el desarrollo y su participación en el *Comité de Jamaica* en su *Autobiografía*, trad. y pról. Carlos Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, 2008, pp. 300-303. Resulta curioso que en la descripción de este episodio, al igual que en el resto de su *Autobiografía*, Stuart Mill ni siquiera mencione a James Fitzjames Stephen, cuando trabajaron juntos y se trataron personalmente.

¹¹⁵¹ STEPHEN J.F., *A General View of the Criminal Law of England*, Macmillan & Co., London, 1863. Completamente revisado y reescrito para la segunda edición de 1890.

Derecho Penal y autor de compendios legales, estaba ganando gran reputación no solo como periodista sino como uno de los comentaristas más polémico del momento»¹¹⁵².

Durante aquellos años Stephen se convirtió en colaborador habitual de las más destacadas revistas jurídicas; aunque las dos con las que él trabajó más estrechamente fueron *Pall Mall Gazette* y *Saturday Review*. Treinta y tres de sus contribuciones al *Saturday Review* fueron luego recogidas para publicarse de forma conjunta en el libro titulado *Essays by a Barrister*¹¹⁵³. En aquella compilación, comenta Radzinowicz, «eran frecuentes sus incursiones en la filosofía moral y en ética social, tratadas con su estilo distintivo, ligeramente satírico, como el que intenta influir en los cambios de la opinión pública»¹¹⁵⁴. Treinta años después, se reimprimió otra serie de cincuenta artículos suyos publicados previamente en el *Saturday Review* que se llamó *Horae Sabbaticae*¹¹⁵⁵. También «son bien conocidos, entre 1865 y 1869, sus artículos en *Pall Mall Gazette*»¹¹⁵⁶, donde aparecerán inicialmente los trabajos que luego se reunirán para publicarse como libro llamado *Liberty, Equality, Fraternity*.

En 1862 su amigo Henry Maine fue nombrado jurista del Consejo Legislativo del Virreinato en la India. Macaulay fue el primero en ocupar el cargo, de 1834 a 1838¹¹⁵⁷. En 1868 Maine propone a Stephen para que le suceda en el puesto. Tras pensárselo, Stephen escribió al subsecretario de Estado para India, su amigo M.E. Grant Duff (1829-1906), aceptando el puesto. Fue nombrado formalmente el 2 de julio de 1869.

Una influencia importante en la decisión de Stephen para viajar a la India fue que vio allí la oportunidad de dar rienda suelta a sus inquietudes jurídicas. La India siempre había sido un lugar de interés para los utilitaristas ingleses, quienes la percibieron como un laboratorio social en el que poder experimentar con sus teorías. Stephen había

¹¹⁵² RADZINOWICZ L., *Sir James Fitzjames Stephen*, op. cit., p. 7.

¹¹⁵³ STEPHEN J.F., *Essays by a Barrister*, Smith, Elder & Co., London, 1862.

¹¹⁵⁴ RADZINOWICZ L., *Sir James Fitzjames Stephen*, op. cit., p. 8.

¹¹⁵⁵ STEPHEN J.F., *Horae Sabbaticae*, 3 vols., Macmillan & Co., London, 1892.

¹¹⁵⁶ RADZINOWICZ L., *Sir James Fitzjames Stephen*, op. cit. p., 9.

¹¹⁵⁷ En un reciente artículo del diario *El País* se hace alusión a la política de Macaulay en la India acerca de la *judicialización moral* de determinados comportamientos sexuales. Ángel L. Martínez Cantera, en un artículo titulado “La larga batalla contra la homofobia en India”, escribe: “Inspirándose en la Ley de Sodomía de Enrique VIII para perseguir la penetración anal, la zoofilia y la homosexualidad en Reino Unido, la primera referencia a las relaciones ‘contra natura’ fue introducida por el inglés Thomas B. Macaulay en India, en 1835. Treinta años más tarde, aquella mención dio lugar al artículo 377 del Código Penal de India bajo gobierno británico por el que se persiguen los ‘delitos no naturales’ de ‘quien voluntariamente tenga relaciones carnales contra el orden de la naturaleza’. Una norma que, literalmente, hacía susceptible de delito cualquier relación anal u oral entre individuos homosexuales o heterosexuales, según las prácticas sexuales preestablecidas por la iglesia”. MARTÍNEZ CANTERA. A.L., “La larga batalla contra la homofobia en India”, en *El País*, edición del 7 de septiembre de 2018.

heredado de los utilitaristas la pasión por el gobierno benévolo y eficiente. Y la India era el lugar idóneo para tratar de construirlo.

El trabajo de Fitzjames Stephen en la India, como jurista del Consejo del Gobernador General, supuso una contribución fundamental para conseguir una legislación anglo-india. Durante la primera mitad del siglo XIX, la India fue gobernada por la *East India Company* (de la que fueron empleados James Mill y, desde mayo de 1823, su hijo John Stuart Mill), bajo la supervisión de una junta de control en Londres. Para su administración, la India fue dividida en las tres presidencias de Bengala, Madras y Bombay. El Gobernador General del Consejo, llamado más tarde virrey, gobernaba desde Bengala.

Cuando Stephen sucedió a Maine como jurista en 1869, el Derecho indio se había convertido en un entramado complejo y poco sistemático: estaban los reglamentos del Gobernador General y los de los órganos legislativos de las presidencias; junto con el Derecho anglo-indio, convivía una ingente y amorfa reglamentación consuetudinaria de origen hindú y musulmán relativa a la familia. El resultado era un conjunto legislativo incierto y confuso.

Su ejercicio en el cargo estuvo marcado por una extraordinaria actividad legislativa. Consolidó y modificó importantes secciones del *Indian Statute Book* y añadió nuevas secciones al Código Penal. Elaboró documentos sobre el sistema judicial indio, redactó completamente doce leyes y asistió a la preparación de otras ocho. La estancia de Stephen en la colonia despertó su interés por la codificación. Algunos de sus trabajos legislativos en la India implicaron la compilación de dispersos textos jurídicos en códigos: entre sus logros principales estaban la *Indian Evidence Act* de 1872 y la *Indian Contracts Act* de 1872¹¹⁵⁸.

A pesar de su creencia en la superioridad de la civilización occidental, Stephen insistió en que las costumbres religiosas de los nativos no fueran interferidas en la medida de lo posible. Fue consciente de que el viejo objetivo utilitarista de una extensa reconstrucción política y social de la India bajo principios europeos era inalcanzable.

Con el fin de mantener pacíficamente su gobierno en la India, los británicos debían regirla según los propios principios morales del lugar y bajo el respeto a las religiones

¹¹⁵⁸ Un análisis sucinto de ambos textos puede leerse en HEYDON J. D., *Reflections on James Fitzjames Stephen*, op. cit., p. 53.

originarias. Sin embargo, insistió en que sólo en casos de flagrantes violaciones de la moral occidental tenían los británicos derecho a interferir en las religiones indias por medio de la legislación. Algunas formas graves de intolerancia y barbarie, por tanto, debían ser eliminadas.

También en la India encontramos a un Stephen profundamente convencido de la influencia que la moral debía ejercer en las leyes. En ninguna otra parte se daba una relación tan clara y estrecha entre el Derecho y la moral como en la India. Desde tiempos inmemoriales, decía Stephen, los hindúes y mahometanos veían a la ley y a la religión como diferentes aspectos de una misma cosa.

Los escritos políticos de John Stuart Mill, que Stephen había leído y aceptado en su juventud, ahora parecían estar radicalmente errados a la luz de su experiencia en la India. Cuando Stephen vuelve a Londres escribirá *Liberty, Equality, Fraternity*, una serie de artículos que son expresión de su preocupación por el reciente curso del liberalismo británico y un poderoso ataque a sus supuestos fundamentales.

A su regreso de la India en 1872, Stephen retomó su trabajo como abogado hasta 1879. Pero ahora «su prodigiosa energía se dirigió al intento de codificar distintas secciones del Derecho inglés»¹¹⁵⁹. Acababa de volver de las colonias cuando el Fiscal General, Sir John Coleridge, le pidió que usara la *Indian Evidence Act* como base para un proyecto de ley de código probatorio para Inglaterra. Stephen concluyó el encargo el 7 de febrero de 1873¹¹⁶⁰.

Stephen decidió que su *Evidence Bill* (aquel proyecto de ley de código probatorio) se utilizara, también, como base para un manual universitario: *A Digest of the Law of Evidence*. Él concibió el *Digest* como:

«Un extracto de la ley que permitiera a los estudiantes obtener un preciso y sistemático conocimiento de ella, en un moderado espacio de tiempo y sin un grado de trabajo desproporcionado a su importancia en relación con otras ramas del Derecho»¹¹⁶¹.

El encargo tuvo entonces dos resultados. Uno fue la composición de un trabajo breve, la *Evidence Bill* a imagen de la *Indian Evidence Act*. El segundo resultado fue *A*

¹¹⁵⁹ COLLINI S., *Public moralists*, op. cit., p. 283.

¹¹⁶⁰ Sobre los trabajos legislativos y el trato personal de Stephen con Coleridge, ver SMITH K.J.M., *James Fitzjames Stephen*, op. cit., p. 76.

¹¹⁶¹ STEPHEN J.F., *A Digest of the Law of Evidence*, Macmillan & Co., London, 1874. Hubo cuarta edición de 1893.

Digest of the Law of Evidence, publicado en 1874. Stephen continuó su labor compiladora del Derecho probatorio con *A Digest of the Criminal Law (Crimes and Punishment)* de 1877¹¹⁶².

También durante este periodo 1872-1879, Stephen retomó su costumbre de publicar sus trabajos en periódicos especializados. Entre diciembre de 1875 hasta su ingreso en la judicatura en 1879, fue profesor de Common Law en la *Inns of Court*. De aquella época dice su hermano que «fue un maestro exitoso y reconocido. Tenía vocación y valía para ello. Su oratoria en la *Cambridge Union* le trajo cierta fama»¹¹⁶³.

Desde 1879 hasta 1891, fue juez de la Queen's Bench Division. A pesar de la dificultad y las responsabilidades que suponían su trabajo en la Corte, aún sacó tiempo para publicar, en 1883, la magna *A History of the Criminal Law of England*¹¹⁶⁴, en tres volúmenes. Su obra cumbre, que «se saludó con respeto por los entendidos de todas las naciones»¹¹⁶⁵. Aquella *History* adolecía de ciertas limitaciones, entre otras, que «los capítulos no guardan proporción unos con otros y aquellos en los que se examinan las bases morales y sociales del Derecho Penal y los principios y funciones de la pena son audaces declaraciones de sus propias opiniones, sin avisar previamente de ello»¹¹⁶⁶.

También durante aquel periodo escribió *A Digest of the Law of Criminal Procedure in Indictable Offences* de 1883¹¹⁶⁷, en colaboración con su hermano Herbert Stephen. Este trabajo y el *Digest of the Criminal Law (Crimes and Punishment)* de 1877 gozaron de éxito como manuales útiles para estudiantes. Stephen supervisaba las nuevas ediciones que aparecían de sus *Digests* y revisó por completo su *General View of the Criminal Law of England*¹¹⁶⁸. A la vez, nunca dejó de enviar sus artículos a los principales

¹¹⁶² STEPHEN J.F., *A Digest of the Criminal Law (Crimes and Punishment)*, Macmillan & Co., London, 1877. Hubo quinta edición de 1894.

¹¹⁶³ STEPHEN L., *The Life of Sir James Fitzjames Stephen*, op. cit., p. 98.

¹¹⁶⁴ STEPHEN J.F., *A History of the Criminal Law of England*, 3 vols., Macmillan & Co., London, 1883.

¹¹⁶⁵ RADZINOWICZ L., *Sir James Fitzjames Stephen*, op. cit., p. 24. Esta obra, dice Smith, “fue el último y probablemente más impresionante de todos los trabajos de Stephen sobre Derecho Penal”, SMITH K.J.M., *James Fitzjames Stephen*, op. cit., p. 53.

¹¹⁶⁶ RADZINOWICZ L., *Sir James Fitzjames Stephen*, op. cit., p. 23.

¹¹⁶⁷ STEPHEN J.F., *A Digest of the Law of Criminal Procedure in Indictable Offences*, Macmillan & Co., London, 1883.

¹¹⁶⁸ “Con su *General View* y su *History* -apunta Smith- Stephen ofrecía un análisis de los elementos básicos específicamente subjetivos y objetivos de la responsabilidad criminal, haciendo el recuento más coherente y sistemático de la teoría de la responsabilidad para los países del *common law* en el siglo diecinueve; y una teoría, con sus errores y aciertos, que incorporaba o reflexionaba sobre el periodo social y la ciencia y la filosofía que concernía”, SMITH K.J.M., *James Fitzjames Stephen*, op. cit., p. 60.

periódicos, remitiéndolos en esta época principalmente a *The Times*, desde donde «influyeron en la opinión pública sobre cuestiones vitales del momento»¹¹⁶⁹.

Hasta ese momento en 1883, en torno a los 54 años de edad, su ingente capacidad de trabajo había sido posible gracias a su excelente estado físico y mental. Pero a partir de entonces su salud empezará a deteriorarse¹¹⁷⁰. En 1885 publicará *The Story of Nuncomar and the Impeachment of Sir Elijah Impey*¹¹⁷¹, una defensa del *Chief Justice Impey* que pretendía corregir la interpretación dada por Macaulay, que presentó su cargo contra Impey por estar involucrado en asesinatos durante el gobierno de Warren Hastings de Bengala.

Mientras presidía una audiencia, en abril de 1885, Stephen empezó a encontrarse indispuesto. Le recomendaron tres meses de descanso. Recuperado volvió a la Corte Suprema aquel mismo verano. En marzo de 1890, igualmente dirigiendo otra sesión, sintió un malestar similar al padecido cinco años antes, y se le volvió a prescribir otro reposo de tres meses. Stephen ya no volverá a recuperarse por completo y, a comienzos de 1891, su agravado estado de salud le obligará a retirarse de la vida pública.

El 7 de abril de 1891 tuvo lugar una impresionante y conmovedora ceremonia en la Corte Suprema. A las 11:00 a.m. entraron los jueces, encabezados por Lord Coleridge con Stephen a su lado, llamativamente ya sin toga. El Lord Chief Justice, ofreciendo su propio asiento al juez jubilado, se sentó a su lado, y el resto de jueces se agruparon en torno a ellos. Como explica Radzinowicz, «debe ser una experiencia terrible para un hombre que una vez fue tan poderoso darse cuenta que sus facultades mentales se desintegran. Stephen se ahorró tener que soportar la conciencia de su propia decadencia»¹¹⁷². Apenas tres años después fallecería a los 65 años de edad.

En su madurez Stephen llegó a ser una figura importante de la última época de la Inglaterra Victoriana. Se consagró como jurista de reconocido prestigio y fue considerado una gran autoridad en asuntos de la India. Fue miembro y ponente de distintas comisiones parlamentarias, presentando informes y propuestas en torno a las reformas legislativas que se discutían en la época. Participó en Comisiones Reales, sobre educación (1858-

¹¹⁶⁹ RADZINOWICZ L., *Sir James Fitzjames Stephen*, op. cit., p. 40.

¹¹⁷⁰ STEPHEN L., *The Life of Sir James Fitzjames Stephen*, op. cit., pp. 428-429.

¹¹⁷¹ STEPHEN J.F., *The Story of Nuncomar and the Impeachment of Sir Elijah Impey*, 2 vols., Macmillan & Co., London, 1885.

¹¹⁷² RADZINOWICZ L., *Sir James Fitzjames Stephen*, op. cit., p. 43.

1861), sobre derechos de autor (1875), sobre esclavos de fugitivo (1876) y sobre extradición (1878). Recibió distinciones que «disfrutó con un no disimulado y descarado placer, como el aire fresco que llega a quienes han trabajado duro e incansablemente»¹¹⁷³; fue nombrado Honorary Fellow of Trinity College, Honorary Doctor of Laws of the University of Oxford, Honorary Doctor of Laws of the University of Edinburgh, Corresponding Member of the American Academy of Arts and Sciences, y Knight Commander of the Star of India. A su muerte fue colmado de reconocimientos honoríficos, tanto británicos como de otros países europeos, así como de honores de Estado.

«A pesar de lo que se quiera pensar de las opiniones de Stephen sobre la humanidad y las cosas, debe concederse sin reparo que él sea considerado, en el más rotundo y noble sentido de la palabra, un hombre auténtico. En el juego oscuro y desconcertante de la vida él jugó su partida con magnanimidad y valentía inquebrantables. Era un hombre no solo por la viril firmeza del cuerpo y la mente, sino por la fuerza masculina del afecto, fuerza que siempre fue animada y dirigida a trabajar por enérgicas convicciones morales».

Estas palabras, con las que Leslie Stephen acaba la biografía sobre Fitzjames, quizá tengan mucho del profundo afecto y respeto que el autor sentía por su hermano. Pero, al fin y al cabo, también serían una afirmación que fácilmente compartirían admiradores y críticos por igual.

6. LA FILOSOFÍA PENAL DE STEPHEN.

Lleva razón Leon Radzinowicz cuando señala que la teoría penal de Stephen «estuvo determinada por su filosofía moral; y ello puede rastrearse a través de las continuas alusiones que se hacen a la moral en sus numerosos ensayos»¹¹⁷⁴. Centrémonos en indagar si Stephen adoptó una teoría del Derecho Penal basada en el utilitarismo o en el retribucionismo¹¹⁷⁵. Ambos planos están presentes en el pensamiento de Stephen y es

¹¹⁷³ RADZINOWICZ L., *Sir James Fitzjames Stephen*, op. cit., p. 40.

¹¹⁷⁴ RADZINOWICZ L., *Sir James Fitzjames Stephen*, op. cit., p. 29.

¹¹⁷⁵ El llamado *tema del castigo* cuenta con una importante tradición filosófica e inabarcable bibliografía. De las distintas posturas en torno a la *justificación moral del castigo* se puede extraer una motivación común presente en el planteamiento de todas ellas: “Matar intencionalmente a alguien, privarlo de su libertad, quitarle algo que le es preciado, hacerlo sufrir física o psíquicamente son acciones que merecen, en situaciones comunes, *reprobación moral*”. La pérdida de la vida, de la libertad, de bienes materiales y el sufrimiento son *males* que requieren de una justificación que autorice infligirlos sobre una persona: ¿cómo justificar *moralmente* que se castigue a alguien? Esta pregunta acerca del castigo puede considerarse un caso específico, dentro de la cuestión más general, de la justificación moral de las acciones. Las dos concepciones o teorías tradicionales acerca del castigo son la retribucionista y la utilitarista. Según los

discutible cuál de ellos es el predominante. Y dicha confusión le caracterizó como un autor que, jugando a ese despiste, atacaba a unas y otras filas. El profesor Ernest Barker afirma que «el *Liberty, Equality, Fraternity* de Stephen había servido como una crítica, no menos tajante que profunda, de las tendencias democráticas de la escuela utilitarista»¹¹⁷⁶. Para Ted Honderich, «James Fitzjames Stephen expresa el punto de vista del retribucionismo y lo relacionado que puede estar el castigo retributivo con la venganza incontrolada»¹¹⁷⁷.

Stephen estudió la amenaza que puede suponer la comisión de delitos para la cohesión y el orden social. Para él, reconstruye el biógrafo Smith, «un elemento vital en la supresión de la delincuencia era tomar en consideración la actitud social general que se tuviera acerca tanto de los comportamientos delictivos como de la entera institución del Derecho Penal. De no reflejar los sentimientos humanos naturales, también los de venganza y odio, incluidos en la esencia y práctica del castigo, se socavaría la confianza necesaria en el sistema y se disminuiría peligrosamente la hostilidad hacia la criminalidad. El resultado final del debilitamiento de la vital relación entre el Derecho y la moral sería una pérdida potencialmente catastrófica de la cohesión general de la sociedad»¹¹⁷⁸.

retribucionistas, “el castigo que se inflige a un individuo se encuentra *moralmente* justificado por el hecho de que dicho individuo *merece* ser castigado; y merece serlo cuando es *culpable* de haber cometido una *ofensa*”. Existen diferencias entre unos teóricos retribucionistas y otros, pero una importante consecuencia puede extraerse de todos ellos: “si se considera que el castigo se justifica *moralmente* en función de la ofensa realizada, resulta claro que el monto del castigo que se inflige al ofensor debe adecuarse con exactitud a la magnitud del agravio que ha cometido. La severidad del castigo debe corresponder exactamente a la gravedad de la ofensa”. Para los utilitaristas “el castigo que se inflige a un individuo no puede justificarse *moralmente* basándose exclusivamente en la circunstancia de que haya cometido una ofensa (...). El castigo solo puede justificarse *moralmente* cuando se toman en cuenta las *consecuencias valiosas* que su aplicación puede llegar a producir (...). El castigo puede perseguir la *reforma* del ofensor, o puede tratar de *desalentarlo* o de *disuadirlo* de realizar en el futuro ofensas similares (o *desalentar* o *disuadir* con el ejemplo a otros miembros del grupo social a que realicen ofensas parecidas). “La principal crítica que los retribucionistas formulan contra los utilitaristas es que de su concepción del castigo se sigue que en determinadas circunstancias resultaría justificado castigar a personas inocentes”. También “sostienen que no es el castigo en sí mismo el que previene, reforma o desalienta. Estos fines se alcanzan muchas veces mediante la amenaza del castigo, o la publicidad que se da a la aplicación del castigo, o los consejos, el tratamiento psiquiátrico, la educación, etc., que se da a los ofensores. Pero es evidente que todos estos medios son externos al castigo mismo”. Por su parte, los utilitaristas critican a los retribucionistas una concepción en la que “parece estar implícita una especie de injustificada valoración del castigo por el castigo mismo (...), de quien ve en el castigo la exteriorización del deseo de *venganza* que naturalmente experimenta el ofendido ante el ofensor”. RABOSI E.A., *La justificación moral del castigo*, Astrea, Buenos Aires, 1976, pp. 19, 26, 28, 29, 30, 33 y 34.

¹¹⁷⁶ BARKER E., *Political Thought in England: 1848 to 1914*, op. cit., p. 148.

¹¹⁷⁷ HONDERICH T., *Punishment. The supposed justifications*, Penguin Books, Harmondsworth, 1984, p. 235.

¹¹⁷⁸ SMITH K.J.M., *James Fitzjames Stephen*, op. cit., p. 58.

Creía que «hay en el mundo muchos hombres malos que son los enemigos naturales de los hombres inofensivos, bestias de presa que son enemigas de todos los hombres» que bien desearían «lograr lo que quieren por la fuerza o el fraude, con completa indiferencia a los intereses de los demás y con formas incompatibles con la existencia de sociedades civilizadas»¹¹⁷⁹. Es necesario adecuar las leyes penales a este incontestable hecho social.

Stephen entendió, en clave utilitarista, que el objetivo de toda sanción prevista por el Derecho Penal era la directa prevención del delito: infundir miedo (es decir, la disuasión), “desactivar” a los delincuentes (por ejemplo, encarcelándolos), o “eliminarlos” (por ejemplo, mediante la pena capital).

Stephen compartía la creencia de que hay crímenes que estimulan un deseo público de venganza hacia quienes los cometen¹¹⁸⁰. Que era «muy deseable que los delincuentes deban ser odiados, y que los castigos infligidos sobre ellos deban ser idóneos para dar expresión a ese odio»¹¹⁸¹. Y ese odio es innegable que se despierta en las mentes sanas de los ciudadanos de a pie¹¹⁸², particularmente en relación a los delitos más graves

¹¹⁷⁹ STEPHEN J.F., *A History of the Criminal Law of England*, vol. II, cap. XVII: of crimes in general and of punishments, op. cit., p. 91.

¹¹⁸⁰ Debe distinguirse entre la concepción retribucionista del castigo y la posible justificación del castigo en virtud del mero deseo de venganza. “Si se trata de justificar moralmente el castigo, no se ve como pueda apelarse para ello a una reacción o un sentimiento instintivo que puede acompañar al conocimiento de la ofensa por parte del ofendido, para producir sobre tal base la elucidación que se pretende. Importa insistir, además, en que el retribucionismo no implica una justificación del castigo basada en el mero deseo de venganza (...). Lo anterior no implica negar la eventual viabilidad de la tesis que sostiene que la idea misma de retribución se fue elaborando a partir del deseo de venganza experimentado por las víctimas de actos injustos (o por allegados a ellas)”. RABOSI E.A., *La justificación moral del castigo*, op. cit., p. 35. También Jerónimo Betegón avisa de “la presunta afinidad que pueda apreciarse entre el significado moral que se esconde detrás de una justificación retribucionista del castigo y el entendimiento ordinario de la idea de venganza”. Esta crítica que presentaría la retribución penal como sinónimo de venganza partiría, para Betegón, de las ideas de Bentham: “siendo el castigo en sí mismo malo, representando necesariamente un daño, tal como se afirma en *Principles of Morals and Legislation*, resulta incomprensible cómo este mal puede justificarse a base de relacionarlo con un acto pretérito que también es malo e indeseable; de esta suma de males no parece posible que pueda surgir algo moralmente apreciable, como tampoco parece sensato afirmar que surja de la realización de un instinto vengativo. Resulta obvio, siguiendo este razonamiento, que la única vía de solución a la necesidad de justificar el castigo se hallará olvidando el pasado y tomando sólo en cuenta las posibles consecuencias valiosas que la aplicación de aquél pueda deparar; el retribucionista, al despreciar aquellas, convierte sus presuntos argumentos justificatorios en una racionalización filosófica de ese instinto cruel y primario; demuestra, en suma, que es incapaz de ofrecer una verdadera justificación”. BETEGÓN J., *La justificación del castigo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 116-117.

¹¹⁸¹ STEPHEN J.F., *A History of the Criminal Law of England*, op. cit., p. 82. Aunque Stephen alertó de los riesgos que entraña atender a tales expresiones pasionales y “admitió sin reparos que esos sentimientos podían exagerarse y que a menudo pueden exceder los límites deseables”, RADZINOWICZ L., *Sir James Fitzjames Stephen*, op. cit., p. 30.

¹¹⁸² El filósofo inglés F.H. Bradley también argumentó la justificación moral del castigo en relación a la posición que pueda mantener el lego u hombre de la calle. Lo hace en el primer capítulo de su *Ethical Studies* cuyo título ya es suficientemente revelador del sentido de su postura: *The Vulgar Notion of*

que implican la violación de un código moral común. Stephen sostuvo que el Derecho Penal sacia el deseo de venganza que el crimen despierta en el público¹¹⁸³. La ley es el agente de la retribución moral pública¹¹⁸⁴; proporciona de modo legítimo y jurídico, en oposición a la venganza privada y potencialmente excesiva, expresión al sentimiento de repulsa que es parte integrante de la naturaleza humana.

«Cualquiera que sea la naturaleza o la magnitud de las diferencias que existen sobre la naturaleza de la moral, nadie en este país contempla el asesinato, la violación, el incendio premeditado o el robo, sino es con odio. No creo que admita duda que el Derecho y la moral se apoyan y se intensifican el uno al otro en este asunto. Todo lo que se considera agravar la *culpa moral* de un delito es reconocido como una razón para aumentar la severidad del castigo. Por otra parte, la sentencia del Derecho es al sentimiento moral de la opinión pública en relación con cualquier delito como un sello que lacra la cera caliente. Convierte en permanente juicio final lo que de otra manera podría ser un sentimiento transitorio. La sospecha general o el conocimiento de que un hombre ha hecho algo deshonesto no puede llevarse nunca a un punto concluyente, y la desaprobación hacia él puede cesar con el paso del tiempo, pero el hecho de que haya sido condenado y castigado como ladrón deja una marca sobre él para toda su vida. En resumen, la imposición de la pena por el Derecho da expresión definitiva y solemne ratificación y justificación al odio que ha provocado la comisión del delito. El Derecho Penal procede así bajo el principio de

Responsibility in Connexion with the Theories of Free Will and Necessity. Allí comenta que “si existe una opinión que pueda ser asociada a la persona carente de instrucción, ésa será la creencia en la necesaria conexión de castigo y culpabilidad, porque es entonces cuando debemos aquél y no por otra razón; y si el castigo es impuesto por cualquier otra razón que no sea la de merecerlo por una ofensa, entonces se convertirá en una grosera inmoralidad, en una clamorosa injusticia, un crimen abominable, pero nunca en lo que pretende ser”. BRADLEY F.H., *Ethical Studies*, introd. de Richard Wollheim, Oxford University Press, London, 2nd. ed. 1962, pp. 26-27.

¹¹⁸³ Encontramos en Stephen una versión de las llamadas teorías vindicativas del castigo. J. Feinberg recoge tres tipos principales de teorías basadas en la satisfacción de un instinto de venganza:

a) Un primer tipo considera los castigos como una válvula de escape de los sentimientos vengativos que se despiertan en la sociedad ante la comisión del delito. El Estado, en ejercicio de su monopolio de la fuerza punitiva, canaliza la venganza pública. Que, de lo contrario, se convertiría en un puro revanchismo privado peligroso para la cohesión y el orden social.

b) Otras teorías vindicativas basan su justificación en la cuota de placer que los ofendidos sienten cuando el ofensor está padeciendo sufrimiento por el mal cometido. Sería una versión “hedonista” de la teoría vindicativa y, por tanto, subsumible en el utilitarismo penal.

c) Por último, Feinberg se refiere a una versión “romántica” de la teoría vindicativa que viene a coincidir con lo que H.L.A. Hart denominó la teoría denunciatoria de la pena: la condena es la expresión pública de los sentimientos de rechazo de la sociedad. Se trata de resaltar el hecho de que las emociones y sentimientos que suscita la acción punible son autosuficientes en relación con la justificación del castigo que se impone. Por ello esta versión debe ser aceptada como una variante del retribucionismo. FEINBERG J., “The expressive function of punishment”, en *The Monist*, vol. 49, 1965, pp. 397-423; y también en FEINBERG J. y GROSS H. (eds.), *Philosophy of Law*, Dickenson, Encino, 1975.

¹¹⁸⁴ Uno de los flancos más débiles de este retribucionismo moral ha sido “la inconmensurabilidad del grado de displacer o sufrimiento que entraña un castigo con la culpabilidad moral que se halla detrás de la realización del ilícito o la imposibilidad, dicho con otras palabras, de establecer un quantum equivalente de dolor y culpa moral de modo que se pueda entender que la desventaja que la comisión del acto punible reportó a la víctima del mismo es idéntica en valor a la que, con la imposición del castigo, sufre ahora su autor”. BETEGÓN J., *La justificación del castigo*, op. cit., p. 99.

que es moralmente correcto odiar a los criminales, y confirma y justifica ese sentimiento infligiendo sobre ellos los castigos que expresa»¹¹⁸⁵.

La venganza es alimentada por el odio, en el sentido de que si una víctima no odiara al criminal que ha atentado contra ella (o contra su familia...) difícilmente aquella se tomaría la molestia de perseguir a este delincuente y desear infringirle su merecido castigo. A partir de este dato, se pregunta Richard Posner: «¿Entonces, fue Stephen un moralista, porque le parecía moralmente correcto odiar a los criminales? Pienso que no»¹¹⁸⁶.

Posner no encuentra contradicción alguna entre una teoría utilitarista de la pena y reconocer que las emociones juegan un papel importante en la aplicación de la ley penal. «La emoción -dice Posner-, y específicamente la venganza, es simplemente una alternativa motivadora, como uno más del resto de incentivos, para llevar a los delincuentes ante la justicia»¹¹⁸⁷. Collini también considera que el énfasis de Stephen «en significar la moralidad de la ley penal (“el órgano de la indignación moral de la humanidad”) expresa algunas características profundas de su propio temperamento. Lo que le irritó en parte fue que algunos se centraran en los elementos “emocionales” de la política: él fue imparcial, severo, exacto»¹¹⁸⁸.

Es cierto que hay pasajes en su obra en los que Stephen escribe en clave utilitarista: «Antes de que un acto sea considerado como delito, debe ser definido precisamente y con pruebas concretas, y también debería ser de tal entidad que sea proporcionado infligir un daño, directo o indirecto, a quienes los cometen»¹¹⁸⁹. Y añade:

«Una ley que entra en una lucha firme y directa con una pasión feroz e impetuosa, que la persona que la siente no admitiera la posibilidad de estar equivocada, o que no pueda ser directamente perjudicial para otros, generalmente hará más daño que bien; y esto es quizás la razón principal por la que es imposible legislar directamente contra la fornicación, a no ser que ésta tomara tales formas que cualquiera la considerara como algo monstruoso y horrible»¹¹⁹⁰.

Para Mark Francis y John Morrow, «la forma correcta de clasificar a Stephen es etiquetarlo como un reformador liberal cuyos instintos fueron profundamente

¹¹⁸⁵ STEPHEN J.F., *A History of the Criminal Law of England*, op. cit., pp. 80-81.

¹¹⁸⁶ POSNER R., “The Romance of Force: James Fitzjames Stephen on Criminal Law”, en *Ohio State Journal of Criminal Law*, núm. 10, 2012, p. 268.

¹¹⁸⁷ POSNER R., *The Romance of Force: James Fitzjames Stephen on Criminal Law*, op. cit., p. 268.

¹¹⁸⁸ COLLINI S., *Public moralists*, op. cit., p. 284.

¹¹⁸⁹ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 151.

¹¹⁹⁰ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 152.

antidemocráticos (...). La réplica de Stephen al eslogan ‘libertad, igualdad, fraternidad’ no era el contrataque verbal de un reaccionario. Él seguía siendo un liberal cuya sensibilidad sobre la importancia de reformar la educación y la relevancia de la esfera de la actividad individual bien le habrían merecido la aceptación incluso por el más radical de sus compatriotas. Su objeción al eslogan era que había sido adoptado por dos grupos progresistas de sus conciudadanos sin darse cuenta que contenía un dogma hostil para sus valores e intereses. La consigna atrajo tanto a los demócratas como a los Positivistas ingleses como John Morley y Frederic Harrison»¹¹⁹¹.

En cualquier caso, lo que Stephen no negaba es que, puesto que el mantenimiento de un sistema de Derecho Penal depende de su concordancia general con la moral pública, el legislador debe procurar armonizar la ley y la moral siempre que sea posible. Para Stephen resulta obvio que un sistema de Derecho Penal no puede subsistir si no castiga actos moralmente atroces como el asesinato o la violación. Sin embargo insiste en que la moral que acoge la ley no debe estar referida a algún sistema particular de moral verdadera.

La relación entre la ley y la moral, a juicio de Stephen, a menudo está en armonía, pero también podrían darse relaciones de total independencia, o incluso de conflicto. Están en armonía, nos dice, en los casos de violaciones de la moral pública, como el asesinato, la violación o el robo. Aquí el Derecho y la moral se apoyan mutuamente y, aunque las definiciones de los delitos no hacen mención a los motivos para criminalizar tales conductas, lo cierto es que su castigo debe satisfacer tanto como sea posible la indignación moral que provoca tales conductas. En cambio, el Derecho y la moral no tienen ninguna relación en las normativas de regulación del tráfico circulatorio de vehículos. Por último, el Derecho y la moral pueden entrar en conflicto en aquellos casos, por ejemplo, que supongan ataques a la autoridad del Estado, como la sedición, donde la desobediencia o el ataque a una determinada forma de Estado o sistema político puede basarse en razones morales.

El objetivo del jurista y del legislador debe ser entonces armonizar el Derecho y la moral lo máximo posible¹¹⁹². Ello se logra encajando los delitos particulares en las

¹¹⁹¹ FRANCIS M. y MORROW J., *A History of English Political Thought in the Nineteenth Century*, op. cit., pp. 258-259.

¹¹⁹² Jerónimo Betegón nos avisaba que, en la tradicional discusión en torno al tipo de relación entre el Derecho y la moral, no se puede sugerir que “la mera ilicitud moral sea suficiente para que un sistema jurídico le atribuya una sanción penal; sólo cierta clase de aquella sería objeto adecuado de castigo dentro

definiciones dadas por la ley. En opinión de Stephen, las definiciones legales deben cumplir tres importantes funciones: deben distinguir cada crimen de todos los otros crímenes; deben expresar de forma clara y completa la intención del legislador; y deben ajustarse a las expresiones de la moral pública. Las definiciones jurídicas de los delitos deben ser reflejo, tanto como sea posible, del sentimiento popular, para que la ley pueda en base a ello reconocer las circunstancias que agravan, atenúan o eliminan la culpabilidad moral¹¹⁹³. La ley, según Stephen, debe ir en paralelo a los sentimientos morales para distinguir las graduaciones de la criminalidad. Así debe demostrarse una intención específica para considerar que un acto es constitutivo de delito. La distinción, basada en la intención, entre asesinato y homicidio, se corresponde con el hecho de que la moralidad popular reconoce diferentes grados de responsabilidad.

de este ámbito”. Lo que sí importa destacar, para este autor, es que “el castigo encierra un significado de carácter moral y que una explicación adecuada del mismo es dependiente del concepto de ofensa moral y estrechamente relacionada con sentimientos y juicios sociales reprobatorios”. BETEGÓN J., *La justificación del castigo*, op. cit., pp. 171 y 172. La polémica tiene su origen en la distinción entre ofensas dirigidas contra pautas de una moral autorreferente o privada y las que vulneran principios de una moral intersubjetiva o social; en relación con estas últimas no parece haber dificultad en conceder al Estado la facultad de interferirlas, justificado ello, como dice Nino, en base a la protección del propio principio de autonomía: “Como los principios de la moral intersubjetiva están dirigidos precisamente a preservar la autonomía de los individuos frente a actos de terceros que los menoscaben, entonces hay razones para que el Estado y otros individuos hagan valer tales principios aun contra quienes no los adopten libremente; si bien ello infringe el principio de autonomía al impedir la ejecución de acciones autónomas, está prescrito por el mismo principio de autonomía, puesto que se trata de hacer posible otras acciones autónomas”. NINO C.S., *Ética y Derechos Humanos*, op. cit., p. 234. Es una discusión que enfrenta a quienes, desde lo que puede calificarse la posición liberal, sostienen que el Estado debe limitarse a hacer valer principios relativos a la moral intersubjetiva y a los que, desde perspectivas perfeccionistas o paternalistas, defienden que es también misión del Estado procurar que el individuo guíe su comportamiento de acuerdo con ciertos ideales o planes de vida que se consideran buenos para él con independencia de si ello coincide o no con sus propios deseos o con el tipo de actuación que ha elegido. Un análisis y defensa de este tipo de argumentos se encuentra en HAKSAR V., *Equality, Liberty, and Perfectionism*, Oxford University Press, New York, 1979.

¹¹⁹³ Stephen se aparta de un retribucionismo jurídico y hace depender la condena del Derecho de la reprobación moral. J.D. Mabbott, en su conocido artículo *Punishment*, defendió un retribucionismo estrictamente jurídico como única justificación de los castigos del Estado, basado en la violación de una norma que tipifica la conducta infractora e incluye la sanción penal, sin tener que acudir a ningún criterio de valoración moral. La teoría retribucionista de Mabbott se basa en la estrecha conexión que se debe dar, exclusivamente, entre el castigo que entraña la sanción penal y la violación previa de la ley. El castigo es un concepto estrictamente jurídico para cuyo análisis y definición sobra toda referencia a criterios de moralidad: “Criminal significa el hombre que ha violado la ley, y no el hombre malo; inocente es el hombre que no ha violado la ley en base a la que está siendo castigado, aunque pueda ser un hombre malo y haber violado otras leyes”. MABBOTT J.D., “Punishment”, en *Mind*, vol. 48, núm. 190, 1939, p. 154. Para Enrique Eduardo Marí, en el escrito de Mabbott se comprueba que “uno de los motivos que lo conducen a conectar el castigo exclusivamente con la violación de la ley y no con la maldad o la injuria moral o social es su intento de salvaguardar el retribucionismo contra objeciones que le fueron formuladas desde el campo adverso. La versión de Kant, Hegel o Ross tenía que afrontar, al respecto, la dificultad de cómo medir el daño moral o compensarlo con el dolor y de cómo el dolor podía suprimirlo (...). Pero si la conexión del castigo es únicamente con el quebranto de la ley, y no se pretende que él mida, balancee, compense o derogue el daño y la injuria moral, entonces todas las dificultades quedan fuera de juego”. MARÍ E.E., *La problemática del castigo*, Hachette, Buenos Aires, 1983, p. 89.

La función del Derecho Penal consistía, según Stephen, en reducir la delincuencia. Como un hijo del utilitarismo inglés, Stephen hereda de Bentham la idea de que la principal función del castigo es prevenir la delincuencia¹¹⁹⁴. Los trabajos de Stephen parten de la premisa de que la función de la ley es preservar el orden, haciendo hincapié en el grado de oprobio moral con que se mira la conducta infractora tanto de la ley penal como del código moral¹¹⁹⁵. Porque si el delito es detestado, menos potenciales criminales se sentirán tentados a incurrir en él.

Junto a una visión utilitarista de la pena, Stephen también adopta la postura de los teóricos retribucionistas, en la estela de Kant¹¹⁹⁶ y Hegel¹¹⁹⁷, que creyeron que el castigo

¹¹⁹⁴ Especialmente en *Una Introducción a los principios de la moral y la legislación*, caps. 1, 12, 13 y 14. También en AUSTIN, *El objeto de la Jurisprudencia*, Lectures I y V y STUART MILL, *Utilitarismo*, cap. V.

¹¹⁹⁵ Para Betegón es “la introducción de criterios de valoración moral, a pesar de los recelos iusnaturalistas que pueda despertar, la única vía por la que podemos añadir algo de claridad a la delimitación del concepto de castigo, de cuya posible penumbra es responsable en buena parte el continuo empeño de reducir su significado al que pueda adoptar en un contexto exclusivamente jurídico”. BETEGÓN J., *La justificación del castigo*, op. cit., p. 167. A pesar de la habitual cautela que se suele advertir hacia la introducción de criterios de valoración moral en la descripción de conceptos jurídicos, afirman la existencia de una relación conceptual entre pena y reprobación moral, además de Stephen, otros autores más contemporáneos: ROSS A., “La finalidad del castigo”, trad. de G. Carrió, en *Homenaje a A.R. Gioja: Derecho, Filosofía y Lenguaje*, Astrea, Buenos Aires, 1976, pp. 156 ss.; y WASSERSTROM R.A., “Some Problems in the Definition and Justification of Punishment”, en *Values and Morals*, A. Golman y J. Kim (eds.), Reidel Publishing Co., Dordrecht, 1978. El esfuerzo de Hart por aislar del concepto de castigo las valoraciones morales, a través de “barreras definicionales”, sigue siendo meritorio: en HART H.L.A., “Prolegomenon to the Principles of Punishment”, en *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. LX, 1959, pp. 1-26 y reimpresso en HART H.L.A., *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1968, pp. 1-26 (hay trad. castellana de J. Betegón, “Introducción a los principios de la pena”, en *Derecho y Moral. Ensayos analíticos*, J. Betegón y J.R. de Páramo (eds.), Ariel, Barcelona, 1990, pp. 163-181).

¹¹⁹⁶ El tratamiento filosófico-penal en la obra kantiana se encuentra en *La Metafísica de las Costumbres*, concretamente en la primera parte titulada *Los principios metafísicos de la Doctrina del Derecho*, en una segunda parte dedicada al Derecho Público, y en un apartado que lleva por título *El Derecho Penal y el Derecho de Gracia*. Allí Kant ofrece una definición del derecho a castigar: “es el derecho que tiene el soberano, con respecto a aquél que le está sometido, de imponerle una pena por su delito” (§49, 331). De ella se derivan de inmediato las notas para una concepción retribucionista del castigo: la culpabilidad del ofensor y el sufrimiento o dolor que implica la pena. Para Jerónimo Betegón “básicamente serían dos las ideas sobre las que giraría todo el entramado filosófico-penal kantiano: (a) en primer lugar, el necesario respeto a la dignidad humana que, en el engranaje de su sistema forzosamente le ha de conducir a una justificación retribucionista de la pena; (b) en segundo lugar, el principio de igualdad como regla a priori del quantum de castigo necesario para satisfacer la exigencia absoluta de una retribución justa”. La idea de dignidad humana expresada en la segunda formulación del imperativo categórico supone el “rechazo de toda justificación utilitarista del castigo penal que implique considerar a su destinatario como un medio para la obtención de consecuencias”. BETEGÓN J., *La justificación del castigo*, op. cit., pp. 26 y 27.

¹¹⁹⁷ El núcleo del pensamiento filosófico penal hegeliano aparece recogido en la sede de su filosofía jurídica -*Grundlinien der Philosophie des Rechts*-, en la sección final de una primera parte dedicada al llamado *Derecho abstracto* (en concreto, §99-103). La teoría de Hegel acerca del castigo penal comparte rasgos de la versión kantiana, pero ofrece diferencias de importancia con aquella: “(a) la construcción en un mayor grado de una teoría positiva acerca de la retribución penal; y (b) una presentación renovada del principio de igualdad entre los delitos y las penas, que se refleja en la renuncia expresa a la necesidad de una equivalencia empírica”. BETEGÓN J., *La justificación del castigo*, op. cit., p. 61.

del delincuente satisface a aquellos a quienes él ha herido¹¹⁹⁸. La teoría retributiva desempeñó un papel importante en la defensa de Stephen de la pena capital. A principios del siglo XIX había unos 200 delitos penados con la muerte en Inglaterra. Stephen apoyó las reformas legales que se propusieron para disminuir el número de delitos sancionados con pena de muerte. Pero siguió insistiendo en que para aquellos delitos de peligrosidad para el Estado, como la traición, o los atentados contra la moralidad pública, como el asesinato y la violación, la pena de muerte debe ser mantenida por su valor disuasorio y retributivo.

En esta teoría retribucionista del castigo aparece también el elemento denunciatorio: lo que se persigue no es solo el castigo del delincuente, sino fortalecer la sociedad y restituir el respeto hacia el Estado que se ha visto dañado por el mal cometido.

Junto a su misión preventiva y denunciatoria, el Derecho Penal debe velar por reducir los potenciales disturbios derivados de un incontrolado deseo de venganza privada. La gente odia el delito grave. Odia a los criminales que cometen delitos graves. Los castigos «justificarán enfáticamente y satisfarán el deseo público de venganza»¹¹⁹⁹. Si ese sentimiento no es satisfecho por los castigos del Estado, se buscará su satisfacción mediante castigos privados. Y eso ocasionaría mayores costes sociales. Así el Derecho Penal «regula, sanciona y proporciona una satisfacción legítima para el deseo de venganza. El Derecho Penal sacia la sed de venganza de la misma manera que el matrimonio el apetito sexual»¹²⁰⁰.

7. LIBERTY, EQUALITY, FRATERNITY.

La obra más importante de Stephen, en la que se encuentra la exposición de su pensamiento conservador y en la que realiza una ardiente defensa de la imposición

¹¹⁹⁸ El retribucionismo justifica el castigo en razones de justicia. El autor de la ofensa “ha causado un daño, merece (deserve) por ello que se lo castigue. Esta es una estricta razón de justicia: la de retribuir o reparar su acción”. En este retribucionismo están envueltos tres elementos: dos pretensiones éticas y una recomendación verbal. “La pretensión 1) establece que el hecho de que una persona haya cometido una ofensa moral proporciona una razón suficiente para ser sometida a sufrimiento. La pretensión 2) (principio de proporción) afirma que si la gente es sometida a sufrimiento por sus ofensas, el sufrimiento impuesto tiene que ser proporcionado a la gravedad moral de sus ofensas. La recomendación verbal dice, a su vez, que la palabra *castigo* debería aplicarse sólo en aquellos casos en que una persona es puesta a sufrir por (o en razón de) que ella lo merece como resultado de una ofensa moral”. MARÍ E.E., *La problemática del castigo*, op. cit., pp. 83 y 88.

¹¹⁹⁹ STEPHEN J.F., *A History of the Criminal Law of England*, op. cit., p. 83.

¹²⁰⁰ STEPHEN J.F., *A History of the Criminal Law of England*, op. cit., p. 82.

jurídica de la moralidad, es *Liberty, Equality, Fraternity*¹²⁰¹. Se trata de una colección de artículos redactados al regresar de la India y publicados por primera vez en *Pall Mall Gazette*, un periódico diario, entre noviembre de 1872 y enero de 1873. En marzo de ese mismo año aparecerán reunidos los artículos como libro. Una segunda edición de *Liberty, Equality, Fraternity* fue publicada en 1874, cuyo prefacio es la réplica de Stephen a la defensa que Morley hizo de Mill bajo el título “Mr. Mill’s Doctrine of Liberty”, en *Fortnightly Review*, el 1 de agosto de 1873¹²⁰². No se volvió a reeditar hasta 1967, con introducción y notas de R.J. White, y publicada por Cambridge University Press.

El libro ha sido descrito como la «mejor exposición del pensamiento conservador en la segunda mitad del siglo XIX»¹²⁰³. Pensadores doctrinalmente cercanos, como el conservador americano Russell Kirk, no dudan en situar esta obra de Stephen en la nómina de libros «que representan inteligentemente el pensamiento conservador, que tratan asuntos clara e innegablemente políticos y que lo hacen en clave conservadora y que son centrales en la corriente del pensamiento conservador»¹²⁰⁴.

Será catorce años después de su publicación en 1859, y coincidiendo con la muerte de su autor, cuando *Sobre la libertad* recibirá una dura crítica procedente del juez Stephen, recogida en este *Liberty, Equality, Fraternity*. Un ataque dirigido, directa y frontalmente, contra la doctrina de Mill que justificaba la restricción del uso del Derecho Penal en defensa de la libertad. El libro muestra la parte más esencial del pensamiento de

¹²⁰¹ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, Smith, Elder & Co., London, 1873. Cito por la edición, con introducción y notas, de R.J. White, Cambridge University Press, 1967, y publicada por University of Chicago Press, Chicago, 1991, con prólogo de Richard Posner, pp. 7-19, y que contiene, además, tres ensayos escritos por Stephen durante su etapa como abogado y publicados por *The Saturday Review* (London) en 1862.

¹²⁰² John Morley, primer vizconde Morley de Blackburn (1838-1923). Liberal, agnóstico, humanitarista y racionalista. Escritor y político inglés. Estudió en Oxford y ejerció en Londres como abogado. Fue también periodista y dirigió con éxito *The Literary Gazette*, *Pall Mall Gazette* (de 1881 a 1883) y *The Fortnightly Review* (de 1867 a 1882). Como discípulo personal de Mill en su juventud y un aliado de Frederic Harrison (1831-1923), un periodista y ensayista laico, pacifista y liberal radical, Morley fue el defensor más destacado de Mill frente a las críticas de Fitzjames Stephen. La réplica de Stephen a Morley, que constituye el prefacio a la segunda edición de su *Liberty, Equality, Fraternity*, se contiene en las pp. 26-51 de la edición manejada.

¹²⁰³ BARKER E., *Political Thought in England: 1848 to 1914*, op. cit., p. 150. Y añade: “es una declaración franca y acérrima de las ideas imperantes entre las clases educadas y dirigentes de la sociedad inglesa”, p. 150. Para Collini, Stephen con *Liberty, Equality, Fraternity* “hace su contribución más significativa al pensamiento político de la época”, COLLINI S., *Public moralists*, op. cit., p. 286. Para Smith, *Liberty, Equality, Fraternity* “fue el gran florecimiento de la filosofía moral y política de Stephen”, y añade Smith que en esa obra “intentó exponer, como si se tratara de un monólogo interior, las principales fuerzas de la vida política y moral actualmente responsables del Estado moderno”, SMITH K.J.M., *James Fitzjames Stephen*, op. cit., p. 100.

¹²⁰⁴ KIRK R., *Qué significa ser conservador*, trad. de Ana Nuño López, César Vidal (ed.), Ciudadela, Madrid, 2009, pp. 106, 107 y 110.

Stephen, ilustrando las relaciones que él entendió que existían entre la política, el Derecho, la religión y la moral.

El objeto del libro es un examen crítico de las doctrinas implicadas en la popular proclama “Libertad, Igualdad, Fraternidad”¹²⁰⁵. Para Mill, la libertad, la igualdad y la fraternidad son las ideas que posibilitan lograr el objetivo *utilitarista* de la mayor felicidad para el mayor número. La libertad es el medio para el desarrollo individual y la mejora social; la igualdad de oportunidades es necesaria para eliminar los obstáculos artificiales e injustos; y la fraternidad es el sentimiento que se debe fomentar entre los hombres para que se preocupen por el bien común.

“Libertad, Igualdad, Fraternidad” había sido el eslogan republicano durante la Revolución Francesa y más tarde se convirtió en el credo de la denominada *Religión de la Humanidad*, una religión secular extendida bajo una forma de Positivismo. Originándose en Francia durante la primera parte del siglo XIX con Auguste Comte, el Positivismo se extendió luego a Inglaterra y tuvo una influencia significativa en intelectuales como John Stuart Mill, Thomas Henry Buckle, George Eliot, John Morley y Frederic Harrison¹²⁰⁶. En Inglaterra, Mill fue su más destacado exponente. Cuando el ensayo de Mill *Sobre la libertad* apareció por primera vez en 1859, Stephen lo leyó con aprobación general, expresando sólo algunas reservas menores. Pero su paso por la India le hizo cambiar de opinión. A Stephen le parecía que el eslogan había sido envuelto, interesadamente, bajo una presunción errónea. Su objeción al lema de la “Libertad, Igualdad, Fraternidad” fue que aquellas palabras se habían llegado a estimar como valores absolutos, independientemente de la razón, la historia o su utilidad.

De lo que Stephen desconfió no fue tanto de las ideas de Mill sino de las implicaciones que podía tener la contundencia con las que las había expresado. Al criticar la libertad, la igualdad y la fraternidad, Stephen no tenía intención de apoyar la esclavitud,

¹²⁰⁵ “El lema de la república se había convertido en credo de una religión -de una religión de herejías destructoras-. El libro de Stephen -señala Kirk- estaba concebido como una refutación, según principios utilitaristas, de este credo innovador”, KIRK R., *La mentalidad conservadora en Inglaterra y Estados Unidos*, op. cit., pp. 321-322.

¹²⁰⁶ Para Kirk, el triunfo de este Positivismo se debe a que “implicaba la desaparición de los viejos conceptos vitales teológicos y metafísicos, restableciendo el pensamiento sobre una base severamente científica. La autoadoración narcisista de la humanidad era parte inseparable de la filosofía de Comte: el hombre debe adorar alguna cosa y, habiendo negado a Dios, encontrará la deidad en algún lugar mucho más bajo del que ocupan los ángeles”, KIRK R., *La mentalidad conservadora en Inglaterra y Estados Unidos*, op. cit., p. 318.

la restricción y el odio¹²⁰⁷. Decidió atacar a Mill porque era el único escritor inglés coetáneo que se había pronunciado de forma competente y sistemática sobre la *Religión de la Humanidad*¹²⁰⁸. También porque le reconocía la solvencia suficiente como para merecer el cumplido de la justa crítica¹²⁰⁹. Algunos de los argumentos que esgrimió Stephen en contra de Mill se anticiparon a los que más tarde llegarían desde las filas del conservadurismo. Stephen inició la batalla y ninguna de las críticas posteriores fue tan poderosa y completa como la contenida en su *Liberty, Equality, Fraternity*. John Morley, discípulo de Mill, reconocía que Fitzjames Stephen «dirigió el primer ataque efectivo contra Mill»¹²¹⁰.

Escrito dentro de un lapso relativamente corto de tiempo como una serie de artículos periodísticos, *Liberty, Equality, Fraternity* adolece de algunos fallos en su organización. Puesto que no fue publicado inicialmente como una sola pieza, Stephen, temiendo que sus lectores pudieran olvidar aspectos citados en artículos anteriores, se sentía a veces obligado a redundar sobre un mismo argumento. De haber tenido más tiempo, confesó más tarde -con ocasión de la réplica a Morley-, hubiera preferido escribir una expresión más directa de su propio punto de vista, independientemente de los trabajos de Mill¹²¹¹. Admite que hubiera comenzado con una discusión sobre la naturaleza humana, seguida por un tratamiento de su influencia sobre la ley, la moral y la religión. En cambio, las circunstancias le hicieron presentar una refutación sistemática de la obra de Mill, lo que le obligó a seguir en su relato la secuencia de pensamiento de éste.

Stephen le dedica el libro a su amigo John Strachey¹²¹². La misiva que le envía el autor, que se incorpora en las primeras páginas del libro, aparece fechada el 31 de marzo

¹²⁰⁷ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 53.

¹²⁰⁸ “Lo que hacía de Mill un enemigo de todos los conservadores juiciosos era más su extremado secularismo que sus ideas políticas. Pues él anhelaba barrer el sentimiento de veneración de la vida social, sustituyéndolo por la ‘religión de la humanidad’, en la que el hombre se adoraría a sí mismo, fundando su sistema moral en la razón utilitarista (...). Sin embargo -continúa Kirk- cualquiera que sea el sistema de principios a que los hombres se adhieran, la religión de la ‘libertad, igualdad, fraternidad’ es perniciosa. La libertad, la igualdad y la fraternidad tienen existencia o sentido en la sociedad moderna, en tanto en cuanto están enraizadas en la moral cristiana: y si los Positivistas y los racionalistas triunfaran en su empeño de hacer saltar las convicciones religiosas de la sociedad, enterrarán en las ruinas esos mismos principios sociales que la escuela de Mill profesa como medio de vida”, KIRK R., *La mentalidad conservadora en Inglaterra y Estados Unidos*, op. cit., pp. 317 y 324.

¹²⁰⁹ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 53.

¹²¹⁰ SMITH K.J.M., *James Fitzjames Stephen*, op. cit., p. 161.

¹²¹¹ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., pp. 35 y 36.

¹²¹² Sir John Strachey (1823-1907) se incorporó al servicio civil de Bengala en 1842, sirviendo en las provincias nor-occidentales en varios puestos. En 1868, fue nombrado miembro del Consejo del Gobernador General, convirtiéndose tras el asesinato de Lord Mayo en 1872 en virrey provisional. En 1874 fue nombrado Teniente Gobernador de las provincias del Nor-oeste. En 1876 volvió al Consejo del

de 1873 y firmada desde el “24 Cornwall Gardens. South Kensington” con la siguiente dedicatoria final: «I am, my dear Strachey, your sincere friend and late colleague, James Fitzjames Stephen». El propio Stephen enumera en su carta los tres motivos que le impulsan para dedicarle la obra. Tenerlos en cuenta puede ofrecer una esclarecedora visión de conjunto al lector del *Liberty, Equality, Fraternity*:

«Querido Strachey, le dedico este libro por tres razones: primero, como expresión del fuerte sentimiento personal que le tengo y el profundo agradecimiento por su gran bondad, que me ha hecho recibir la amabilidad de todo el mundo con quien he tenido relaciones en India.

En segundo lugar, en recuerdo de aquel mes que pasamos después de la llegada a Calcuta, cuando recibimos la noticia del asesinato de Lord Mayo¹²¹³, cuando usted ejercía como Gobernador General. El dolor que ambos sentimos por la pérdida de un hombre a quien cada uno de nosotros tenía muchos motivos, tanto públicos como privados, de brindarle amor y honor, y la ansiedad y la responsabilidad que compartimos durante un tiempo muy difícil, formó entre nosotros un lazo al que estoy seguro que te sientes tan fuertemente unido como yo.

En tercer lugar, porque usted es uno de los hombres más distinguidos de la India y mi experiencia allí confirmó firmemente las reflexiones que contiene el libro, y que habían ido tomando forma poco a poco en mi mente durante muchos años (...). El libro fue pensado en la India, y escrito en parte en mi viaje de regreso a casa»¹²¹⁴.

Cabría preguntarse por qué sigue teniendo su lectura interés, ¿qué nos puede seguir aportando releer *Liberty, Equality, Fraternity*, pese a ser un texto del siglo XIX, nacido y destinado a un contexto histórico-político tan distinto al nuestro? Cinco razones se pueden aducir al respecto¹²¹⁵:

1. El libro irradia una poderosa confianza en las posibilidades de la propia civilización inglesa, tomando como ejemplo la expansión del Imperio Romano. El propio Stephen se refiere a Poncio Pilatos en los siguientes términos:

Gobernador General como responsable de finanzas, cargo que mantuvo hasta 1880, cuando dejó la India. Entre 1885 y 1895, Strachey fue miembro del consejo del Secretario de Estado para la India. Stephen se convierte en su íntimo amigo durante su estancia en la India y valoró su amistad toda su vida.

¹²¹³ Richard Southwell Bourke, sexto conde de Mayo (1822-1872). Fue un político irlandés, destacado miembro del Partido Conservador británico y miembro de la Cámara de los Comunes. Fue elegido tres veces Jefe de Secretaría de Irlanda (1852, 1858 y 1866) y en 1869 fue nombrado Virrey de la India. Durante su mandato, consolidó las fronteras de la India, donde era conocido popularmente como Lord Mayo, y reorganizó las finanzas de la colonia. El 8 de febrero de 1872, mientras visitaba el presidio de Port Blair en las Islas Andamán, fue asesinado por un preso llamado Sher Ali.

¹²¹⁴ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., pp. 24-25.

¹²¹⁵ Sigo en este punto los motivos que alega Richard Posner en su prólogo, op. cit., para reivindicar la validez y oportunidad de una lectura contemporánea de la obra de Stephen.

«Para un hombre en la posición de Pilatos, la Moral y el orden social que él representa son, a todos los efectos prácticos, estándares finales y absolutos (...). Si se dijera que Pilatos debería haber respetado el principio de libertad religiosa tal como fue propuesto por el Sr. Mill, la respuesta es que si lo hubiera hecho se habría corrido el riesgo de provocar un incendio en la ciudad... Si este juicio puede parecer desatinado, apelo nuevamente a tener en cuenta la experiencia en la India»¹²¹⁶.

En torno a estas ideas «cualquiera que piense que el hombre es un animal imperialista, o que el actual Estados Unidos es imperialista, o que los economistas son imperialistas porque ellos, o algunos de ellos, intentan ampliar su influencia sobre otros ámbitos, como la historia o la sociología, encontrará en el libro de Stephen lo que hay de cierto en todo ello: es una inclinación hacia otros pueblos, arraigada en la confianza de la superioridad de la propia civilización»¹²¹⁷.

Para Julia Stapleton, «el patriotismo de Stephen constituye el terreno en el que él primero se distanció del ensayo de John Stuart Mill *Sobre la libertad* (...). Mientras compartía un acuerdo con el ideal de Mill de la individualidad, como causa de la mejora personal, en cambio, Stephen no vio a la sociedad inglesa tan amenazada por la mediocridad como Mill sugería (...). Además, para Stephen, la capacidad sin menoscabo de los ciudadanos de la nación inglesa se elevaba por encima de la naturaleza monótona de asuntos cotidianos y su huella en el mundo era evidente en la respuesta que habían dado a la sublevación de los indios»¹²¹⁸.

2. Es de pacífico acuerdo considerar el estilo de Stephen como contundente, de prosa concisa, en consonancia con la elegancia típica del lenguaje de la tradición inglesa victoriana.

Como señala el historiador de Cambridge Stefan Collini, «difícilmente alguien podría encontrar un ejemplo mejor que Stephen para comprobar el modo en que se superponen los mundos de la política, el Derecho, el gobierno y la administración. Stephen escribió como quién espera ser oído: su estilo agresivo era, sin duda, parte de su arrogancia, pero también expresa una confianza basada en la referencia a una experiencia compartida y común»¹²¹⁹. Su escritura refinada se combinaba con el buen manejo de los recursos periodísticos, de estilo más vivo, directo, incisivo y cercano, dirigido a un

¹²¹⁶ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 115.

¹²¹⁷ POSNER R., "Foreword" a *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 8.

¹²¹⁸ STAPLETON J., *James Fitzjames Stephen: Liberalism, Patriotism, and English Liberty*, op. cit., p. 244.

¹²¹⁹ COLLINI S., *Public moralists*, op. cit., p. 280.

público más general: «es ese mundo público del debate político y el periodismo (...) el mundo para el que Stephen habló con el lenguaje común del moralista más que con el de la jerga del jurista profesional»¹²²⁰.

3. Pese a que es un aspecto no muy conocido, la figura de Stephen fue muy influyente en la historia del pensamiento jurídico norteamericano, atravesando su filosofía penal tempranamente las fronteras nacionales e invadiendo el entero ámbito anglosajón gracias, sobre todo, a la fama que le aportó Oliver Wendell Holmes Jr., quien le citaba continuamente en sus trabajos. Holmes visitó Inglaterra con frecuencia, donde conoció a Stephen. Las edades fueron las adecuadas para forjar una amistad marcada por el afecto personal y el respeto y admiración al maestro intelectual: Stephen era doce años mayor que Holmes. Stephen vio publicar su *Liberty, Equality, Fraternity* a los cuarenta y cuatro años, cuando Holmes contaba con apenas treinta y dos¹²²¹.

4. El libro de Stephen es una potente defensa de la idea de que una de las funciones que puede asumir el Derecho Penal -que Stephen lo considera acertadamente «la maquinaria más dura que la sociedad puede utilizar para cualquier propósito»¹²²²- es la de ser utilizado para imponer la moral, teniendo en cuenta sus limitaciones prácticas y empleado prudentemente, y no sólo para evitar daños a terceros.

Este debate sobre el ámbito del Derecho Penal ha continuado hasta nuestros días. Un notable ejemplo fue la polémica, como veremos, mantenida entre Hart y Devlin, asumiendo este último la posición de Stephen. Aunque Stephen fue un cristiano peculiar y era consciente de la fuerza de *ultima ratio* del Derecho Penal, pensó que el código moral arraigado en la creencia de los cristianos era una parte indispensable del sistema de fuerzas que mantiene a una sociedad fuerte y unida.

5. Lo importante es ver en el libro de Stephen un documento de teoría política y moral normativa. Es un reto audaz y radical al liberalismo político y, como tal, es un clásico del pensamiento conservador. La doctrina que Stephen ataca es la que se ha denominado *liberalismo clásico* en la versión del *laissez-faire* que John Stuart Mill y sus discípulos desarrollaron.

¹²²⁰ COLLINI S., *Public moralists*, op. cit., p. 281.

¹²²¹ Sobre la amistad entre Stephen y Holmes, ver SMITH K.J.M., *James Fitzjames Stephen*, op. cit., pp. 62-65.

¹²²² STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 151.

Posner encuentra al Stephen del *Liberty, Equality, Fraternity* en el pensamiento de los neoconservadores «tales como Irving Kristol, Allan Bloom, William Bennett, William Buckley, Walter Berns y Russell Kirk, quienes creen, con Platón y Leo Strauss, que la sociedad no debe contentarse solo con proteger la propiedad y los derechos personales y que consideran que el Estado no tiene una moral neutral, sino una misión moral que debe imponer a través de su Derecho»¹²²³.

El desacuerdo entre Mill y Stephen radica en la concepción enfrentada que cada uno mantenía en torno a la idea de naturaleza humana¹²²⁴. No estaban de acuerdo «sobre dónde establecer los límites legales a la libertad, pero esencialmente difieren en sus estimaciones de la naturaleza humana y sobre la necesidad de aplicar el fundamento religioso a la moral»¹²²⁵.

De todos sus predecesores en el pensamiento político inglés, Stephen al que más admira es a Hobbes¹²²⁶. Si Mill pensaba que las personas se desarrollan y crecen por la discusión, Stephen no confiaba en ese desmedido optimismo. Está más en la línea del pesimismo realista del *bellum omnium contra omnes* hobbesiano. Y eso fue uno de los motivos que le hacen apartarse de Mill cuando este cae en el error de «creer que la sociedad puede ser regida mediante la discusión, cuando el tremendo poder que impulsa a las sociedades es la fuerza»¹²²⁷.

Stephen «se sintió especialmente atraído por la idea que informa el conjunto del *Leviatán*, es decir, que la filosofía política se basa en una concepción de la naturaleza humana. No es de extrañar, entonces, que ese mismo concepto de naturaleza humana

¹²²³ POSNER R., “Foreword” a *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 9.

¹²²⁴ “Buena parte del desacuerdo de Stephen con Mill, como el propio Stephen reconoció, se debe a las diferentes expectativas que cada uno veía en la naturaleza humana: Mill tenía una estimación demasiado favorable”, SMITH K.J.M., *James Fitzjames Stephen*, op. cit., p. 167. También Kirk resalta este dato: “Fue un error tremendo de los reformistas secularizadores lo que hizo de J.F. Stephen un conservador: el desconocimiento de la depravación del hombre (...). El concepto puritano de la naturaleza humana levantó a Stephen contra los humanitaristas sentimentales, contra la desarraigada libertad de Mill y el ‘órgano benevolente’ de Comte”, KIRK R., *La mentalidad conservadora en Inglaterra y Estados Unidos*, op. cit., p. 320.

¹²²⁵ COLLINI S., *Public moralists*, op. cit., p. 286.

¹²²⁶ Si, por un lado, Stephen “era en realidad un seguidor del escritor del siglo XVII Thomas Hobbes”, sin embargo “resulta contradictorio que en el libro *Liberty, Equality, Fraternity* solo se refiera a Hobbes una vez”, FRANCIS M. y MORROW J., *A History of English Political Thought in the Nineteenth Century*, op. cit., p. 258. También resalta Smith que es “en las obras de Burke y Hobbes, y sobre todo en las de este último, donde encontramos el pedigrí de buena parte del pensamiento de Stephen (...). Sus incursiones en los escritos de Burke y Hobbes sentaron las bases de *Liberty, Equality, Fraternity*”, SMITH K.J.M., *James Fitzjames Stephen*, op. cit., p. 114.

¹²²⁷ KIRK R., *La mentalidad conservadora en Inglaterra y Estados Unidos*, op. cit., p. 325.

presida el *Liberty, Equality, Fraternity*»¹²²⁸. Para su autor «la principal contribución de Hobbes a la filosofía política -comenta Smith- había sido la secularización de ésta. Insistió en que la noción de Estado se basa en la necesidad última del orden y la seguridad; que las cuestiones sobre el bien y el mal son relativas, no absolutas; y que un objetivo político sea bueno o malo dependerá de su capacidad para mantener la paz y la seguridad»¹²²⁹.

Hay dos rasgos distintivos del pensamiento de Hobbes que influyeron profundamente en los trabajos de Stephen. El primero de ellos es el argumento de que los intereses de los seres humanos están en permanente conflicto, y ésta es una característica irremediable de la condición humana. El segundo es la idea de que el orden social depende de la imposición de la fuerza. El orden social, bajo este punto de vista, requiere el control de la moralidad, de la ley y la religión.

Desde la primera línea de su libro, Stephen deja claro cuál es su propósito al escribirlo:

«El objeto de este trabajo es examinar las doctrinas que se han expresado a través de la frase 'Libertad, igualdad, fraternidad'. Esta frase ha sido el lema de más de una República. Es de hecho algo más que un lema. Es el credo de una religión, menos definido que alguna de las formas de cristianismo, que son en parte rivales, en parte antagónicas y en parte relacionadas, pero no por ello un credo que cuente entre los menos poderosos. Es, por el contrario, una de las influencias más penetrantes de nuestros días»¹²³⁰.

Habiendo separado la libertad, la igualdad y la fraternidad (el altruismo, la benevolencia, el compañerismo...) como aspectos del liberalismo clásico, Stephen sustituye cada uno por su parte contraria. Frente a la libertad, Stephen coloca el poder y la restricción, señalando que «el poder precede a la libertad», ya que, «la libertad, por la naturaleza misma de las cosas, depende del poder; y es sólo bajo la protección de un gobierno poderoso, bien organizado e inteligente que cualquier libertad puede existir para todos»¹²³¹. Frente a la igualdad, Stephen coloca la desigualdad natural, física e intelectual, de los seres humanos (las diferencias entre hombres y mujeres serían ejemplos para Stephen de esta desigualdad natural). A la fraternidad le opone la enemistad:

¹²²⁸ WARNER STUART D., "Foreword" a STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, Liberty Fund, Indianapolis, 1993, p. xi.

¹²²⁹ SMITH K.J.M., *James Fitzjames Stephen*, op. cit., p. 118.

¹²³⁰ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 52.

¹²³¹ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 166.

«Si en el curso de mi vida encontrara por casualidad a cualquier hombre o grupo de hombres que me tratara a mí, o a la gente por la que me preocupo, como un enemigo, lo trataré como un enemigo, con indiferencia a la pregunta de si los dos nos pudiéramos remontar a algún tipo de relación a través de Adán o por algún mono primitivo»¹²³².

7.1. Libertad.

Debemos explorar dos características importantes del concepto de libertad de Stephen. En primer lugar, reconoce la libertad como un valor instrumental, no un valor en sí mismo. Debemos ser cuidadosos para no malinterpretar esta característica del pensamiento de Stephen. Para él, no considerar a la libertad como un fin en sí mismo no es menoscabar tal valor ni restarle importancia como centro de un mundo civilizado. Más bien se trataría de admitir que la libertad, junto con todos los otros elementos sociales de la vida humana, tiene sus ventajas y desventajas¹²³³.

La segunda característica de la concepción de Stephen en torno a la idea de libertad es definirla como un concepto negativo, partiendo de lo que la libertad no es. Y la libertad no es la ausencia de toda restricción. Para Stephen, como Hobbes, las restricciones son necesarias para que exista cualquier sociedad, aunque sólo sea porque la condición humana es tal que las acciones de algunos con frecuencia e inevitablemente entran en conflicto con las acciones de otros. En esta concepción de libertad, moralidad, Derecho y religión son las restricciones impuestas sobre uno que posibilitan la libertad de todos.

Así, las libertades de la sociedad están constituidas por las restricciones que permiten la posibilidad de elección. Para Stephen, por lo tanto, hablar de la libertad no tiene sentido fuera del contexto de las restricciones de la ley, la moral y la religión. Stephen promueve una comprensión de *libertad dirigida a* ó *libertad bajo la moral y la ley*. La libertad sólo es posible para los seres humanos en el contexto de una red de seguridad proporcionada por la moral, la política, la ley y las instituciones religiosas que

¹²³² STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 240.

¹²³³ Para Stephen, comenta Smith, “la libertad estaba configurada como un valor no absoluto. En sí misma no era ni buena ni mala y, camaleónicamente, adoptará una u otra cualificación dependiendo de las circunstancias y consecuencias: su conveniencia u oportunidad será determinada por su utilidad”, SMITH K.J.M., *James Fitzjames Stephen*, op. cit., p. 164.

forman el régimen social en el cual los individuos pueden perseguir sus propios objetivos en concierto unos con otros.

El principio de Mill parecería a simple vista bastante lógico: sobre aquellos actos que no afectan a terceros, la coerción no puede aplicarse, ni mediante la ley ni por la opinión pública. Es un principio que tiene un gran atractivo moral, ¿quién osaría negar que la libertad humana deba ser protegida y ser lo más amplia posible? Sin embargo, Stephen quiso demostrar que el “principio muy simple” de Mill es engañoso, y que es realmente contrario a la doctrina del Utilitarismo que defendía su autor. Como los liberales clásicos -siguiendo a Locke-, Mill y Stephen aceptaron que la libertad es la ausencia de coerción, es el silencio de la ley; Libertad y Derecho están en inversa relación una con otro. Ahora bien, donde Mill y Stephen están en desacuerdo es en el valor, o mejor, en la extensión que cada uno concede a la libertad. Para entender su polémica es importante tener esto en cuenta. Como hobbesiano y benthamita, Stephen valora un gobierno benévolo y eficiente más que la libertad. Creía que el Derecho, conjuntamente con las sanciones adicionales previstas por la moral y la religión, era el mejor instrumento para la consecución del bien común. La libertad, sujeta como está al principio de utilidad, tiene sólo un valor contingente. Depende, además, de lo que prevea la ley. Es la ley la que garantiza y dispone las cotas de libertad. Como los intereses de los hombres en sociedad no se armonizan automáticamente, la libertad debe ser limitada para asegurar la convivencia. Sin el Derecho, los hombres volverían al estado de naturaleza, donde nadie estaría seguro.

«El Derecho, en muchos casos, significa no sólo un orden, sino un orden beneficioso. La libertad no significa la ausencia de coerción, sino la ausencia de restricción perjudicial. La justicia significa no una mera imparcialidad en la aplicación de las normas generales a casos particulares, sino la imparcialidad en la aplicación de buenas normas generales a casos particulares»¹²³⁴.

Stephen no se opuso a la libertad como tal. Pero pensaba que la libertad es sólo uno de los varios valores complementarios (entre ellos la cultura, la tradición, la moral y la comunidad) que son necesarios para una buena sociedad.

Mill, por el contrario, tenía una concepción mucho más elevada de la libertad. Creía, como hemos visto, que la única salvaguardia contra la tiranía de la mayoría en una democracia radica en subrayar la libertad como el valor primordial. Pensó que preservar

¹²³⁴ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 176.

la libertad individual es acotar una zona sacrosanta de la vida humana exenta de interferencias estatales y sociales. La libertad es el medio para el crecimiento humano y debería extenderse tanto como fuera posible consistentemente con el principio del daño. Los gobiernos no deben ejercer ninguna función paternalista, y su propósito debe ser simplemente proteger a los individuos de los daños de terceros. Sólo si el individuo es libre de llegar a su propia perfección sin interferencia, alcanzará el máximo florecimiento humano capaz de contrarrestar los aspectos opresivos de la tiranía de la mayoría.

Como un liberal en el sentido clásico, Stephen coincidió con Mill en que el individuo debe estar libre de un gobierno arbitrario. Pero también creía que la religión y la moral deben ser discutidas abiertamente sin temor a imponerlas jurídicamente. Aunque solo fuera «por la necesidad de la sanción religiosa para conservar la sociedad», de lo contrario «los devotos de la libertad, igualdad y fraternidad abstractas, desprovistos del respetuoso temor y reverencia, caminan insensatamente hacia el servilismo, la esclavitud y la barbarie. El Estado no puede dejar fuera de su ámbito a la religión y la ley es el instrumento de la venganza social, creado para reforzar la moralidad»¹²³⁵.

Stephen comienza su refutación exponiendo una teoría de la acción humana, que estaba seguro que Mill suscribiría¹²³⁶. Todas las acciones voluntarias son el resultado de motivos, que pueden ser de esperanza y placer, o de miedo y dolor. Un acto voluntario que nace de la esperanza o el placer es considerado como libre; un acto voluntario que brota del miedo o el sufrimiento se considera hecho bajo compulsión. Según esta teoría, alega Stephen, el principio de Mill es equivalente a negar que alguna vez se lleven a cabo actos inducidos por miedo o dolor. Parecería que para Mill todos los actos son libres, encuadrables en la primera categoría, y se olvida de los actos hechos bajo amenaza de sanción (compulsión). Y un buen número de los actos humanos son no-libres, es decir, se llevan a cabo por miedo a represalias o a consecuencias no deseadas. Mill, sostiene Stephen, esquivaba la función que cumple la religión y la moralidad, que son formas de coacción que apelan al miedo y son, también, motivos para la acción humana. De hecho, ejercen un grado de coacción más extenso y profundo que la propia ley.

«Incluso la más poderosa legislación penal puede considerarse como un motor de prohibición sin importancia en comparación con la Moral y las formas de moralidad sancionadas por la teología. Una persona puede verse cohibida para cometer un acto por temor a la ley de la tierra, pero muchas

¹²³⁵ KIRK R., *La mentalidad conservadora en Inglaterra y Estados Unidos*, op. cit., pp. 322-323.

¹²³⁶ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 57.

más personas son refrenadas de innumerables actos por el temor a la desaprobación de sus vecinos, que expresan la sanción moral; o por el temor a la pena en una vida futura, que es la sanción religiosa; o por el miedo a su propia desaprobación, que puede llamarse la sanción de la conciencia»¹²³⁷.

Para Stephen, entonces, el orden social dependía no solamente de la ley. El principio de Mill, que minusvalora el propósito de la religión y la moralidad, aprobaría todo tipo de indulgencia con tal de que la gente se abstenga de dañar a otros. Pero la religión y la moral necesariamente se imponen a la humanidad por razones más allá de la mera protección del individuo. Incluso estipulan normas de conducta que pocas personas seguirían si se las dejara a su libre cumplimiento. La historia muestra, además, que los sistemas religiosos y morales han sido establecidos, extendidos y mantenidos sólo mediante la coerción de la ley y la opinión pública, independientemente de la elección individual de aquellos a los que se les compelió a su acatamiento.

El desacuerdo entre Mill y Stephen deriva, también, de sus diferentes concepciones acerca de lo que podía amenazar a la democracia en sus días. Como Mill creía que la libertad era la que corría mayores peligros de menoscabo, sostuvo que el área de afectación de las leyes debe limitarse tanto como fuera posible. Por su parte, Stephen pensó que eran la ley y el orden los que había que proteger por encima de todo. También insistió en que la libertad que Mill defendía era dependiente, en última instancia, del imperio de la ley. Y el imperio de la ley no es más que la salvaguarda de la ley y el orden.

Stephen ataca duramente el principio de Mill cuando argumenta que la distinción sobre la que éste se funda, entre acciones que afectan solo a uno mismo y las que afectan a otros, es insostenible. Stephen sostiene que la distinción es falaz, porque la parte más importante de nuestra conducta afecta tanto a nosotros mismos como a los demás.

Mill estaba convencido de que una vez que la humanidad hubiera llegado a ser capaz de mejorar a través de la discusión libre, la compulsión debe ser gradualmente limitada. De hecho, asumió que el progreso de la civilización está marcado por una reducción del papel de la compulsión a favor de la persuasión. Pero este argumento no toma en cuenta la naturaleza humana y su error «está en creer que la sociedad puede ser regida mediante la discusión, cuando el tremendo poder que impulsa a las sociedades es

¹²³⁷ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 57.

la fuerza»¹²³⁸. Ya pocas personas en realidad son capaces de mejorar por la libre discusión, y el principio de Mill se aplicaría siempre sólo a una pequeña minoría:

«Una importante proporción de hombres y mujeres son egoístas, sensuales, frívolos, holgazanes, absolutamente primarios y están envueltos en la más pequeña de las insignificantes rutinas, y considerar hasta qué punto la libre discusión los mejorará es iluso. La única manera por la cual es posible actuar sobre todos ellos es mediante la obligación y la restricción»¹²³⁹.

El argumento de Mill también es desmentido por los hechos de la historia:

«Si observamos la conducta de los hombres que se expresa en sus leyes e instituciones, encontraremos que, aunque la coacción y la persuasión van de la mano, desde la más primitiva de las sociedades hasta la más civilizada, la mayor parte de los progresos obtenidos se deben a la compulsión, y la discusión, por el contrario, es un llamamiento al hombre fuerte para que actúe bajo su uso desmedido de la fuerza. Quién mire a nuestro propio tiempo y país que intente mencionar cualquier gran cambio que se haya hecho por mera discusión»¹²⁴⁰.

Como heredero de Hobbes, Stephen reconoce que la fuerza está en la raíz de todo gobierno. Los asuntos en el Parlamento se deciden no por discusión sino por ejercicio del poder:

«Cuestiones como la admisión de los judíos en el Parlamento y la legalización del matrimonio entre hermanos y cuñadas agotaron todas las discusiones posibles, hasta que con el tiempo aquellos que adoptaron un punto de vista se hacen con una mayoría y resuelven el asunto según su propio criterio. El gobierno parlamentario es simplemente una forma leve y disimulada de compulsión. Estamos de acuerdo en ejercer la fuerza contando cabezas en lugar de rompiendo cabezas, pero el principio es exactamente el mismo»¹²⁴¹.

Stephen apela a que no nos engañemos a nosotros mismos:

¹²³⁸ KIRK R., *La mentalidad conservadora en Inglaterra y Estados Unidos*, op. cit., p. 325. Y añade: “para toda sociedad anterior ha sido necesario reforzar la discusión con el apoyo de la fuerza y nuestra época no puede permitirse el renunciar a este recurso de orden. Gracias a sus ejércitos, a su policía y a sus rápidos medios de comunicación, los estados modernos son mantenidos por una fuerza potencial (...). No vivimos en una época de discusión: es ésta manifiestamente una época de fuerza. En realidad, de que sobreviva esta fuerza depende la principal protección de nuestro orden y cultura”, KIRK R., *La mentalidad conservadora en Inglaterra y Estados Unidos*, op. cit., pp. 326 y 328.

¹²³⁹ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 72.

¹²⁴⁰ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 70.

¹²⁴¹ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 70. El concepto de fuerza para Stephen, reconstruye Kirk, “no es la simple compulsión física: el miedo al infierno es también una clase de fuerza; y el respeto a la opinión pública es fuerza en esencia, y hasta la misma discusión no es más que un púdico cortinaje que encubre la fuerza -una especie de acuerdo según el cual los hombres emplean algunas de sus feroces energías en hablar y que termina, tal vez, haciendo el recuento de las cabezas votantes en vez de romperlas-”, KIRK R., *La mentalidad conservadora en Inglaterra y Estados Unidos*, op. cit., p. 325.

«No es más sabio el que gana, sino el que de momento ejerce su fortaleza (de la que sin duda la sabiduría es uno de los elementos) para obtener los mayores apoyos en su favor. La minoría cede no porque esté convencida de su error, sino porque está convencida de que es minoría»¹²⁴².

Aunque no podemos eliminar la fuerza del Estado, debemos regular su forma de ejercerla. La función de la política, en opinión de Stephen, es el ejercicio adecuado y contenido del poder:

«Que el poder se ejerza correctamente es, creo, el objeto principal de la discusión política. La diferencia entre una sociedad primitiva y otra civilizada no es el uso de la fuerza en el primer caso y de la persuasión en la otra, sino que la fuerza es (o debería ser) ejercida con mayor cuidado en el segundo caso que en el primero. El Presidente Lincoln logró sus objetivos por el uso de un grado de fuerza tal que habría aplastado a Carlomagno y a sus paladines y colegas como si fueran cáscaras de huevo»¹²⁴³.

Ninguna sociedad ha prosperado únicamente gracias a la discusión e ignorar el papel de la fuerza, como hace Mill, «es exponer la sociedad al contagio de una enfermedad asoladora», dice Kirk. Cualquier sociedad anterior ha necesitado reforzar la discusión con el apoyo del uso de la fuerza y «nuestra época no puede permitirse el renunciar a este recurso de orden». Y hoy más que nunca -continúa Kirk glosando a Stephen- gracias a los ejércitos, a la policía y a los medios de comunicación, los estados modernos son mantenidos por una fuerza potencial que puede ser utilizada más pronta y eficazmente que en tiempos anteriores¹²⁴⁴.

Hemos visto que para Stephen la libertad tenía un valor meramente contingente: es buena o mala dependiendo del tiempo, lugar y circunstancias. No es hasta la mitad de su refutación contra Mill cuando Stephen se embarca en dar una definición de libertad. A la manera hobbesiana, la define negativamente como ausencia de coerción:

«Las discusiones acerca de la libertad son, en realidad, discusiones acerca de una negación. Los intentos de resolver los problemas de gobierno y sociedad por tales discusiones son como intentos por descubrir la naturaleza de la luz y el calor a través de investigaciones en oscuridad y frío. Lo que el fenómeno requiere es el estudio de la dirección y naturaleza de las fuerzas diversas, individuales y colectivas, que en su combinación o colisión con los demás factores y con el mundo exterior constituyen la vida humana. Si queremos saber cuál debe ser el tamaño y la posición de un orificio en una tubería de agua, debemos considerar la naturaleza del agua, la naturaleza de las tuberías y el destino que se le quiera dar al agua; pero apenas se debe conocer nada de la propia

¹²⁴² STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 70.

¹²⁴³ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 71.

¹²⁴⁴ KIRK R., *La mentalidad conservadora en Inglaterra y Estados Unidos*, op. cit., p. 326.

naturaleza de los orificios en sí. Su forma es simplemente la forma de lo que les limita. Su naturaleza es simplemente dejar que el agua pase»¹²⁴⁵.

Si Stephen se opuso a la exaltación de la libertad en términos absolutos, también se opuso a considerar el orden como un fin en sí mismo. Al igual que la libertad, el orden también debe servir a una utilidad superior. Así como la libertad, considerada como un valor absoluto, conduce a la anarquía, así la autoridad, cuando se considera un fin en sí misma, conduce al despotismo. Aquellos que eligen elogiar palabras tales como “orden” y “sociedad” deben estar preparados para responder a la siguiente pregunta: «¿qué orden y qué tipo de sociedad es al que sus palabras se refieren?»¹²⁴⁶.

Habiendo definido la libertad negativamente, Stephen expone tres criterios, consistentes con el principio de utilidad, para determinar cuando la compulsión es inoportuna: «la compulsión es mala: (1) cuando el fin al que se dirige es malo; (2) cuando siendo el propósito adecuado, no se calcula la compulsión necesaria para obtenerlo; (3) cuando siendo el propósito adecuado y se conoce la compulsión necesaria para lograrlo, resulta excesivamente costoso ejercerla»¹²⁴⁷.

Stephen asegura que el establecimiento legal de diversas formas de opinión religiosa, moral y política se justifica por el propósito superior al que contribuye. «Los gobiernos deberían asumir la responsabilidad de actuar sobre los principios religiosos, políticos y morales, ejerciendo incluso un grado muy considerable de coerción»¹²⁴⁸. Como Edmund Burke¹²⁴⁹, Stephen cree que todo gobierno se funda en última instancia sobre una base religiosa:

«Todo gobierno tiene y debe tener por necesidad una base moral y, dado que la conexión entre moral y religión es tan íntima, ello implica que esta base deba ser finalmente considerada como religiosa. No me refiero por una base religiosa a un acuerdo completo entre gobernadores y gobernados en torno a opiniones religiosas, pero un cierto acuerdo suficiente sobre estas cuestiones debe determinar la actitud de la legislación en torno a la religión»¹²⁵⁰.

¹²⁴⁵ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 174.

¹²⁴⁶ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 170.

¹²⁴⁷ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 85.

¹²⁴⁸ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 87.

¹²⁴⁹ La influencia de Burke en Stephen es puesta de manifiesto y estudiada, sobre todo, por Russell Kirk: “El concepto del estado y de sus orígenes de J.F. Stephen se asemeja estrechamente a la idea de Burke”, KIRK R., *La mentalidad conservadora en Inglaterra y Estados Unidos*, op. cit., p. 322.

¹²⁵⁰ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 90.

Stephen no está abogando por que el Parlamento establezca un credo religioso hecho cumplir con sanciones legales. Pero insiste en que, al depender la sociedad de una comunidad de ideas, incluyendo las religiosas y morales, el Estado no puede ignorar las cuestiones suscitadas en torno a esas materias. Al fin y al cabo, si la base de gran parte de la legislación es religiosa entonces «el Estado no puede dejar fuera de su ámbito a la religión, pues el Estado es una institución religiosa, y la ley es el instrumento de la venganza social, creado para reforzar la moralidad»¹²⁵¹, remarca Russell Kirk.

Como hace ver Smith en su biografía sobre Stephen, la secuencia ‘imposición de la moral religiosa por ser el Estado una institución religiosa’ quedó bien planteada: «La moral era de las fuerzas principales que vinculaban a la sociedad; la moral sustancialmente descansó sobre convicciones religiosas; por tanto ningún gobierno podría permanecer independiente y al margen de las cuestiones religiosas»¹²⁵².

Mill defendió el derecho a expresar libremente opiniones sobre dogmas religiosos fundamentales, como la existencia de Dios o de un estado futuro. Stephen sostuvo que, puesto que la moral es necesaria para el mantenimiento de la sociedad, y puesto que depende de la religión, hay casos en que la intolerancia social con el disidente religioso está justificada. «Si, entonces, la virtud es buena, me parece claro que promover la creencia de las doctrinas fundamentales de la religión es bueno también»¹²⁵³. Lo esencial es que las opiniones religiosas, morales y políticas en torno a cuestiones de vital importancia no estén abiertas a la especulación ociosa:

«Me parece que publicar opiniones sobre moral, política y religión es un acto tan importante como cualquier otro que todo hombre puede hacer; atacar las opiniones sobre las que descansa el marco de la sociedad es y debería ser peligroso. No digo que lo deba ser en todos los casos, pero debe hacerse espada en mano, y el hombre que lo haga puede verse sorprendido por una resistencia feroz»¹²⁵⁴.

No todas las opiniones podrían ser permitidas, pues los hombres, por sus propias pasiones o su propia pereza, necesitan limitaciones que deben ser impuestas por el uso de

¹²⁵¹ KIRK R., *La mentalidad conservadora en Inglaterra y Estados Unidos*, op. cit., p. 323.

¹²⁵² SMITH K.J.M., *James Fitzjames Stephen*, op. cit., p. 169. También para Kirk: “El reino de la política y el de la moral no existen en esferas separadas, pese a la opinión contraria de Comte; el Estado existe para reforzar el sistema moral, para redimir a los hombres de los impulsos de la carne y de su ignorancia. Y la moral debe, en cambio, ser apoyada por la autoridad de la fe religiosa, o de otro modo no puede subsistir”, KIRK R., *La mentalidad conservadora en Inglaterra y Estados Unidos*, op. cit., pp. 323-324.

¹²⁵³ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 98.

¹²⁵⁴ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 103.

la fuerza. Si el Estado no ejerce la fuerza sobre los que intentan subvertirlo, esos otros grupos aprovecharán la oportunidad para utilizar la fuerza para fines propios y acabar con él. No toda fuerza -advierte Kirk- es un mal. Es la correctora de nuestros vicios y cuando la propia tolerancia se vuelve un vicio por ser excesiva, al permitir conductas licenciosas, la fuerza puede ser empleada precisamente para mitigar sus efectos adversos:

«Cuando la libertad excesiva se convierte en destructora de nuestra herencia civilizada, debe ser anulada; y, desde tiempo inmemorial, sólo la fuerza ha sido eficaz para tratar con la arrogancia de los grupos cuyos apetitos innovatorios son ilimitados. La fuerza, sea física o moral, está ordenada por la Providencia para librarnos del impulso anárquico. Así, pues, no vivimos en una época de discusión: es ésta manifiestamente una época de fuerza»¹²⁵⁵.

El principio de Mill prohibiría la compulsión, ya sea por ley o por la opinión pública, sobre los vicios privados. La sociedad no tiene derecho a interferir en las acciones que afectan solamente al individuo. Por lo tanto, el Estado, en aras de la libertad individual, debe tolerar comportamientos como la fornicación, los juegos de azar, la prostitución y el alcoholismo. En algún momento Mill trató de ver objetivamente la gravedad de mantener una sociedad que tolerara tales comportamientos. A Stephen indignó esa benevolencia de Stuart Mill con conductas claramente licenciosas: «¿puede el Estado o el público ser competente para decidir que craso vicio es malo? No creo que el Estado debiera hacer concesiones a los proxenetas»¹²⁵⁶. Así, en cambio, debería una sociedad responsable manejar el tema:

«La sociedad debe decir “usted, sucio bandido, puede preguntar si su inmundicia nativa quedará intacta o, por el contrario, si mi opinión sobre su conducta debe ser impresa con látigo sobre su espalda desnuda”. Esa pregunta será contestada sin la menor referencia a sus deseos o sentimientos; pero en cuanto a mi opinión sobre él, no queda ninguna duda en absoluto»¹²⁵⁷.

Para Stephen era prácticamente imposible distinguir entre vicios que sólo afectan al individuo y los que afectan a la sociedad en general. Stephen creyó que la clasificación de Mill jugó en su propia contra¹²⁵⁸. Stephen podría haber llegado a admitir, a lo sumo para acotar la extensión de la coerción legal, la posibilidad de trazar una línea entre vicios privados perjudiciales para terceros y aquellos que sólo perjudicarían a uno mismo. Pero,

¹²⁵⁵ KIRK R., *La mentalidad conservadora en Inglaterra y Estados Unidos*, op. cit., pp. 327-328.

¹²⁵⁶ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 137.

¹²⁵⁷ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 138.

¹²⁵⁸ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., pp. 139-140.

en todo caso, el trazado de esa línea se difuminaría cuando se intentara aplicar a la coerción de la opinión pública.

Stephen cree que la compulsión de la opinión pública puede ejercerse legítimamente incluso en casos donde el daño a la sociedad no es claro y concreto. Aduce el ejemplo de un grupo de nobles que se complacen bajo las más burdas formas de vicio privado. Para Stephen, el comportamiento pernicioso de estas personas es mucho más perjudicial con su ejemplo para la sociedad que el del pequeño ladronzuelo; pero el principio de Mill prohibiría la desaprobación pública a menos que el daño fuera atribuible a una persona concreta.

Esto conduce a la pregunta de si el Parlamento debe imponer la moral. Stephen cree que el Estado puede emplear la legislación para promover virtudes y evitar vicios. De acuerdo con su criterio utilitarista para utilizar la coacción, concluye que ejercitarla sería bueno porque la sociedad depende de una base moral, y la humanidad ha alcanzado un consenso suficiente sobre lo que es bueno y malo en muchas áreas de la vida. Por otra parte, los medios para canalizar esta coacción, como el Derecho Penal, se han demostrado eficaces. Y el gasto no es excesivo en relación al beneficio que supone la protección de la base moral de la sociedad. El Derecho Penal es el instrumento más poderoso que la sociedad tiene a su disposición para la prevención del vicio. Pero también hay que tener en cuenta las condiciones prácticas en las que se emplea. El Derecho Penal «es la *ultima ratio* de la mayoría contra las personas que han renunciado a los vínculos comunes que conectan a los hombres»¹²⁵⁹.

Por otra parte, la ley debe reflejar el acuerdo sustancial que exista con las normas morales dominantes. No puede castigarse nada de lo que la opinión pública no condene también. Y, lo más importante, la legislación y la opinión pública deben evitar escrupulosamente invasiones indebidas tanto en la propiedad como en la privacidad. Son las dos libertades que Stephen destaca en *Liberty, Equality, Fraternity*. Sobre la propiedad dice que «de todos los tipos de libertad, ninguno es tan importante o tan universalmente reconocido como la libertad de adquirir la propiedad»¹²⁶⁰. Sobre la privacidad argumenta:

«La legislación y la opinión pública deberían respetar escrupulosamente en todos los casos la privacidad (...). Intentar regular los asuntos internos de una familia, las relaciones de amor o amistad, o muchas otras cosas del mismo tipo, por ley o por la coerción de la opinión pública, es

¹²⁵⁹ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 151.

¹²⁶⁰ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 174.

como tratar de tirar de una pestaña del ojo de un hombre con un par de pinzas. Pueden poner el ojo, pero nunca agarrarán la pestaña»¹²⁶¹.

7.2. Igualdad (social).

Los cuatro primeros capítulos de *Liberty, Equality, Fraternity* se dedican a la crítica del ensayo de Mill *Sobre la libertad*. En los tres capítulos restantes, Stephen amplía su referencia a otros escritos de Mill para rebatir las demás ideas del nuevo credo democrático: igualdad y fraternidad.

Dirigió su reproche específicamente a la teoría igualitaria propugnada por Mill en sus ensayos *Utilitarianism* (1861) y *The Subjection of Women* (1869). Stephen cree que las ideas de Mill en torno a la igualdad, como su doctrina de la libertad, intensifican -en lugar de evitar- los males de la democracia. El *On liberty* había sido escrito para proponer un principio que protegiese a la libertad individual de los peligros inherentes de la democracia. Sin embargo Stephen creyó que la igualdad que Mill supone pone en peligro la libertad individual. De hecho, sostenía que las dos doctrinas cardinales de la democracia -libertad e igualdad- son contradictorias: «Si las restricciones se reducen al mínimo, si una libertad ilimitada se otorgara a todos los seres humanos, el resultado no sería la igualdad sino la desigualdad»¹²⁶².

Las condiciones desiguales que existen en la sociedad son inevitables. Como consecuencia de las capacitaciones, la suerte, la habilidad y otros factores, algunos adquieren y acumulan muchos más bienes que otros: la libertad de acción por lo tanto conduce a la desigualdad de resultados, una desigualdad que puede ser eliminada, si acaso, solamente por la constante injerencia del gobierno en las diversas libertades de los individuos para perseguir sus propios fines.

Stephen se sitúa del lado de aquellos que no sólo objetan la compatibilidad entre libertad e igualdad sino que piensan que la igualdad real es, sencillamente, irrealizable y antinatural. Un verdadero liberal -como él se presenta-, si ama la libertad, ama la diferencia. Pues el fruto de la libertad es la diversidad de resultados. La igualdad sólo se

¹²⁶¹ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., pp. 160 y 162.

¹²⁶² STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 174. Stephen “reitera en este punto los argumentos de Burke, de Tocqueville y de otros: la verdadera igualdad excluye la libertad; una igualdad real no es posible”, KIRK R., *La mentalidad conservadora en Inglaterra y Estados Unidos*, op. cit., p. 329.

conseguiría a costa de sacrificar los comportamientos libres de las personas. Como recuerda Kirk, la verdadera igualdad excluye la libertad:

«Los hombres por su naturaleza, son evidentemente desiguales: desiguales en espíritu, su cuerpo y energías ante cada circunstancia material (...). La igualdad es producto del arte, no de la naturaleza, y si la nivelación social es llevada lo bastante lejos como para borrar órdenes y clases, reduciendo al hombre a la gloria de ser un número, el arte habrá sido empleado para desfigurar la voluntad de Dios acerca de la verdadera naturaleza humana»¹²⁶³.

La propiedad privada es fundamental para la libertad, ya que asegura al individuo una esfera de autonomía privada, libre de intervención arbitraria por parte del Estado. Hacer primar la igualdad, considera Stephen, supondría abolir la propiedad privada y, por lo tanto, la libertad. Creía que una democracia igualitaria impondría la igual distribución de la propiedad. Tal medida podría promover la igualdad y la fraternidad, pero sería fatal para la libertad individual:

«Asumir que todo hombre tiene derecho a estar en igualdad con el resto de hombres, porque todos están tan íntimamente unidos que los resultados de su trabajo deben ser lanzados a una bolsa común de la que todos ellos participarán, es darle un sentido muy distinto a la igualdad y a la fraternidad. Pero entonces se debe excluir absolutamente la libertad. La experiencia ha demostrado que esto no es una dificultad meramente teórica, sino también práctica. Es el obstáculo insuperable y permanente de todos los regímenes socialistas, y lo que explica también sus fracasos»¹²⁶⁴.

La clase de igualdad por la que Stephen apostó fue la igualdad jurídica, también conocida como la igualdad ante la ley. La define como «la aplicación imparcial de la ley a los casos particulares que caen bajo ella»¹²⁶⁵.

Toda otra clase de igualdad era rechazada por Stephen, y especialmente mostró su discrepancia con Mill en torno a la igualdad social. Stephen sostuvo que la igualdad social es inapropiada, y que Mill se equivoca al defenderla. Pero su ataque contra Mill parte de una apreciación errada: no percibir la distinción entre igualdad de oportunidades y la igualdad sustantiva. Mill nunca mantuvo que todas las personas fueran iguales en todos los sentidos. Por lo que Mill abogó fue por la eliminación de todos los impedimentos legales y sociales injustos que obstaculizaran el desarrollo humano. Apostó por la

¹²⁶³ KIRK R., *La mentalidad conservadora en Inglaterra y Estados Unidos*, op. cit., pp. 67-68.

¹²⁶⁴ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 175.

¹²⁶⁵ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 181.

igualdad de oportunidades en áreas como el empleo, los cargos públicos, el sufragio o la educación. Quería, en definitiva, la abolición de los privilegios.

Pero incluso esta igualdad Stephen la considera un peligro. Como un liberal de la vieja escuela, creía que la legislación que creara condiciones para la igualdad de oportunidades amenazaría a la libertad individual. Ya que los ciudadanos esperarían que el gobierno les satisficiera unas necesidades que deben ser realizadas por la iniciativa privada. Stephen creyó que Mill estaba equivocado al suponer que, a pesar de las sustanciales desigualdades entre las personas tales como la edad, el talento, la educación, el conocimiento y la riqueza, la justicia exigiría que todos los hombres fueran tratados como iguales. También reconoció que el peligro de una democracia reside en el hecho de que los hombres son propensos a pensar que por ser iguales en algunos aspectos son iguales en todos. Que la ley presuponga la igualdad de todas las personas sin tener en cuenta si ésta en realidad existe es algo incongruente y peligroso. Stephen sostuvo que los hombres son superiores a las mujeres, no sólo en términos de fuerza física, sino también en términos de una «mayor fuerza intelectual» y «mayor vigor de carácter»¹²⁶⁶. Siendo los hombres y mujeres desiguales en estos aspectos, «las leyes que afectan a sus relaciones deberían reconocer este hecho»¹²⁶⁷.

Las leyes no pueden hacer a las personas iguales; pero los hombres, si quieren llegar a ser más iguales entre ellos, pueden cambiarlas:

«Creo que si los derechos y deberes que las leyes contemplan aspiran a ser beneficiosos, deben adaptarse a la situación real de las personas que los disfrutan o están sujetos a ellos. Deben reconocer la igualdad y la desigualdad, y deben moldearse y ajustarse tanto como sea posible para reflejar el estado actual de la sociedad. El gobierno, en una palabra, se debería ajustar tan bien a la sociedad como a un hombre le ajusta bien su ropa. Establecer derechos y deberes por ley asumiendo que las personas son iguales, cuando no lo son, es como intentar hacer apuesto al patoso a base de apretarle las botas. Los derechos y deberes deben ceñirse como el vestuario, protegiendo y manteniendo la situación que la sociedad adopta con naturalidad»¹²⁶⁸.

¹²⁶⁶ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 194.

¹²⁶⁷ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 198.

¹²⁶⁸ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., pp. 191-192.

7.3. Igualdad (política).

Después de atacar la idea de igualdad social, Stephen considera la noción de igualdad política, o de la distribución equitativa del poder político. En este caso sus argumentos no se dirigen directamente contra los trabajos de Mill, quien compartió sus recelos sobre la democracia emergente y reconoció las limitaciones del gobierno parlamentario.

En opinión de Stephen, la democracia -en el sentido de distribución equitativa del poder político- es un mito. Nada tiene que ver con la igualdad:

«El poder político puede cambiar su forma pero no su naturaleza. El resultado de cortar en trozos más pequeños es que el hombre que pueda barrer el mayor número de ellos regirá al resto. El hombre más fuerte, de una forma u otra, siempre gobernará. Si el gobierno es militar, las cualidades que hacen de un hombre un gran soldado le harán dirigente. Si el gobierno es una monarquía, las cualidades que el Rey valore de sus consejeros hará que el monarca otorgue el poder a quienes aquellas posean. En una democracia pura, los hombres del gobernante serán sus amigos y ‘enchufados’; pero no estarán en igualdad ni los votantes con los soldados de un gobierno militar ni los ministros estarán en igualdad con los súbditos de una monarquía»¹²⁶⁹.

Lo verdaderamente importante son, entonces, las cualidades que determinan el liderazgo:

«En unos momentos un poderoso personaje, en otros la astucia, en otros las habilidades para despachar negocios, y en otros la elocuencia, han permitido a un hombre montar sobre sus hombros a sus vecinos y dirigirlos de esta o aquella manera; pero en todas las edades y en todas las circunstancias los líderes de uno u otro tipo han sido los que han destacado por su capacidad de aglutinar»¹²⁷⁰.

Puesto que todo gobierno es necesariamente el imperio de las élites, Stephen sostuvo que Inglaterra debía ser gobernada por una aristocracia del talento. Pensó que el mejor gobierno era el imperio del sabio, de la recta moral y la capacidad. En esencia, el gobierno era demasiado importante y complicado como para ser dejado en manos de la multitud. En opinión de Stephen, la mayor objeción al sufragio universal es que «tiende a invertir lo que considero la verdadera y natural relación entre sabiduría y estupidez. Creo que los hombres sabios y buenos deben gobernar a los necios y malos»¹²⁷¹. Mill también hubiera apostado por un gobierno dirigido por pocos liberales bien preparados.

¹²⁶⁹ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 211.

¹²⁷⁰ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 211.

¹²⁷¹ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 212.

Pero, a diferencia de Stephen, su concepción de la libertad le hizo cuidadosamente limitar el grado de influencia que aquella élite podría ejercer legítimamente sobre la mayoría. Stephen, por el contrario, pensaba que tal limitación impediría la acción de un buen gobierno.

«Decir que la única función del sabio y el bueno es sermonear a sus vecinos, y que todo el mundo indiscriminadamente debe hacer luego lo que le plazca, y facilitar encima la participación con su voto en el poder soberano, y que el resultado deseable de todo ello sea la cordura, me parece que es la fantasía más salvaje con la que jamás soñaría una cantidad considerable de sanas mentes»¹²⁷².

7.4. Fraternidad.

La fraternidad -el tercer artículo del credo de una democracia popular- suministra la base para la doctrina de la libertad y la igualdad. Stephen carga, como con la libertad y la igualdad, contra la fraternidad o el sentimiento de amor general por haberse erigido popularmente como un valor absoluto, independientemente de su utilidad. Stephen considera la fraternidad como algo peligroso porque fomenta una visión sentimentalista de la vida, excesivamente complaciente.

Stephen cree que esta visión incurre en dos errores. El primero es una opinión sensiblera de la naturaleza humana que imagina un mundo sin conflictos de intereses entre los individuos. El segundo problema es creer que el progreso humano sólo es posible si los individuos son liberados de las ataduras sociales y viven en una especie de comunidad de fraternidad universal. Sin embargo, para Stephen, una reflexión más seria sobre la naturaleza humana revela su incompatibilidad con la fraternidad: «¿quién cree realmente en ella? No es amor lo que uno necesita de la gran masa de la humanidad, sino respeto y justicia»¹²⁷³.

Los defensores de la fraternidad se muestran demasiado optimistas sobre la eliminación de buena parte de la enemistad y el mal que se encuentra en la existencia humana¹²⁷⁴; pero, para Stephen, estos elementos perversos de la condición humana,

¹²⁷² STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 212.

¹²⁷³ KIRK R., *La mentalidad conservadora en Inglaterra y Estados Unidos*, op. cit., p. 329. Es en su crítica a la idea de fraternidad donde, a juicio de Kirk, encontramos al mejor Stephen “conservador en el que las tradiciones anglicanas y puritanas se entremezclan, superficialmente arropadas por el método utilitarista”, op. cit., p. 330.

¹²⁷⁴ “En lugar del *roussonian* o *comptiano* amor fraternal, para Stephen el estado natural de la sociedad era el conflicto, de reflejo Calvinista. Incluso los hombres buenos colisionaban o por sus conflictos de

aunque pueden ser modulados hasta cierto punto por la moral, la religión y el Derecho, derivan de características permanentes de la naturaleza del hombre. Y esta peculiaridad no reside solo en el hecho de que los individuos tengan intereses enfrentados sino, y antes, por las diferentes concepciones que tienen acerca de lo bueno. Ambas características son invencibles en la naturaleza humana. Y Stephen cree que los conflictos que se originan tanto por la diversidad de intereses como por las distintas concepciones del bien producen enemistad no sólo entre individuos sino también entre grupos. Y pone de ejemplo el enfrentamiento histórico entre las distintas caras del Cristianismo.

Para Stephen la proclama de fraternidad era sentimentalismo puro, puesto que atribuye a los hombres cualidades que simplemente no poseen. Así explicaba la diferencia entre Mill y él:

«Mill piensa lo contrario que yo de los hombres y de la vida humana en general. Él parece creer que si los hombres fueran todos liberados de las ataduras y estuvieran en igualdad de condiciones, se tratarían naturalmente como hermanos y trabajarían juntos armoniosamente para su bien común. Creo que muchos hombres son malos, una gran mayoría de los hombres son indiferentes y muchos son buenos. Entre todas las clases de hombres se han dado y siempre se darán situaciones de enemistad y contienda. Incluso los buenos hombres pueden tratar a los demás, y a menudo se ven obligados a ello, como enemigos: o por la existencia de intereses contrapuestos que entran en colisión o por sus diferentes maneras de concebir la bondad»¹²⁷⁵.

Stephen concluye su ataque a Mill expresando su convencimiento de que ha demostrado las dos proposiciones que desmienten la doctrina del lema “Libertad, Igualdad, Fraternidad”:

«En primer lugar, en la actualidad, incluso los que creen que utilizan estas palabras de la forma más racional posible, tienen una gran disposición a exagerar sus ventajas y a negar sus inconvenientes, o en todo caso subestiman sus efectos. En segundo lugar, pese a cualquier significado que se les quiera atribuir, estas palabras no deben adoptarse para ser el credo de una religión. Las ideas que denotan no terminan en ellas mismas, y cuando se usan en conjunto lo que implican es algún tipo de sociedad que ningún hombre razonable miraría con entusiasmo o devoción»¹²⁷⁶.

intereses o por sus diferentes concepciones en torno a lo bueno”, SMITH K.J.M., *James Fitzjames Stephen*, op. cit., p. 199.

¹²⁷⁵ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 226.

¹²⁷⁶ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 261.

Liberty, Equality, Fraternity levantó un gran revuelo entre los liberales ingleses y los Positivistas. Stephen y Mill se conocieron y trataron personalmente; pero, como atestigua Leslie Stephen, su relación nunca fue cordial. La retirada de Stephen del célebre caso del gobernador Eyre en 1868 y las duras palabras que le dirigió a Mill en sus escritos son hechos que siempre marcaron el distanciamiento entre ambos. Se admiraban intelectualmente, aunque, como todos los grandes, nunca llegaron a coincidir en sus ideas.

Stephen expresó su respeto sincero hacia Mill. Reconoció que Mill era uno de los pensadores más brillantes e influyentes de aquellos días, el principal representante del Utilitarismo inglés y autor de importantes trabajos sobre lógica y economía política.

Liberty, Equality, Fraternity nunca alcanzó la popularidad del *On liberty*¹²⁷⁷. El ensayo de Mill tuvo más lectores, especulaba Stephen, porque en él encontraban lo que les agradaba y querían leer. Stephen no pudo satisfacer las necesidades de las principales escuelas de pensamiento político de su momento. Sus críticos encontraron el liberalismo de Stephen ya anticuado e incapaz de dar acomodo a sus nuevas ideas. Al mismo tiempo, los liberales clásicos, que recibían de Mill su principal inspiración, fueron ofendidos por la severa crítica que Stephen dirigió contra su mentor.

Sin duda, el ensayo de Mill se vio favorecido por su enorme atractivo moral. Stephen, en cambio, nunca fue tolerante con los tópicos populares, y su escritura estuvo siempre permeada por una visión escéptica de la naturaleza humana. La libertad la definió negativamente, la hizo depender de circunstancias que la posibilitaran y la basó en la coacción. La igualdad no tenía sentido en tanto que existían desigualdades de hecho insalvables. Y la fraternidad es un culto a una absurda abstracción inalcanzable y sensiblera. Como un realista político, insistió en que, debido a los males de la naturaleza humana, lo que no podemos curar simplemente se debe soportar y sobrellevar con la mejor resignación y, si acaso, sacar lo mejor de las cosas tal y como son.

¹²⁷⁷ Kirk explica la falta de influencia del *Liberty, Equality, Fraternity* por “haber ido contra las dos corrientes victorianas de autoconfianza y de promesas colectivistas populares”, KIRK R., *La mentalidad conservadora en Inglaterra y Estados Unidos*, op. cit., p. 321.

8. *LIBERTY, EQUALITY, FRATERNITY* Y DERECHO PENAL. UNA DEFENSA DEL MORALISMO LEGAL.

Liberty, Equality, Fraternity contiene elementos importantes que merece la pena resaltar. Para Stephen, la sociedad estaba legitimada para emplear la coacción jurídica contra las acciones inmorales, independientemente de su perjuicio o daño causado. Porque la defensa de la moralidad es algo valioso en sí mismo. Aunque «oscuro en ciertos pasajes, Stephen parecía justificar la intervención jurídica y social por dos motivos: como un necesario refuerzo de los valores y fuerzas de cohesión social y, además, sobre la base paternalista»¹²⁷⁸.

El juez Stephen argumentó que, al ser la moral valiosa en sí misma, la prevención de los ataques que contra ella se dirijan es un fin que no necesita de más alicientes que la salvaguarda de la moralidad como tal. Lo que justifica acciones por parte del Estado de las que Mill consideraría que deben estar fuera de su área legítima de intervención.

Los argumentos en que se apoyó Stephen fueron «una serie de percepciones vigorosas y, a veces, brutales de mediados de la época victoriana sobre la necesidad de la lucha y la fuerza para educar y formar el carácter individual y nacional». Se centró en dos ideas que operan sobre la naturaleza humana: individualidad y compulsión. La primera de ellas «estuvo basada en torno a una crítica de la noción de individualidad que Stephen encontró en el *On liberty* de Mill. Mill había distinguido entre acciones que no afectan a otros (que deben estar exentas de control legal) y acciones que dañan a otros (que pueden estar sujetas a control legal). Stephen aceptó, como una guía aproximada para la práctica, la idea de que el Derecho Penal debe emplearse solo para las acciones que dañan a otros. Pero dicha idea no es más que eso: una regla práctica que está sujeta a numerosas excepciones. Stephen creyó que es imposible delimitar los actos que solo afectan a uno mismo, y que esto era especialmente evidente en dos casos. En primer lugar, es difícil considerar que no afecta a otros el que uno formule y publique opiniones sobre política, moralidad y religión. En segundo lugar, otros pueden verse afectados por actos que fueron pensados para ser tomados como ejemplo a seguir»¹²⁷⁹.

¹²⁷⁸ SMITH K.J.M., *James Fitzjames Stephen*, op. cit., p. 176.

¹²⁷⁹ FRANCIS M. y MORROW J., *A History of English Political Thought in the Nineteenth Century*, op. cit., pp. 262-263.

Stephen habría encontrado argumentos fuertes contra Mill al demostrar que el Derecho podía justificadamente imponer la moralidad o, como decía él, que el Derecho debía «perseguir las formas más escandalosas de vicio»¹²⁸⁰. En este sentido, afirmó que ciertos principios «universalmente admitidos que actuaban como reguladores de la intensidad del castigo»¹²⁸¹ demostraban que tal era la forma de proceder típica en el Derecho Penal. Su argumento apela a la idea de que cuando se discute la intensidad con que debe castigarse a un delincuente, siempre es relevante estimar el grado de *maldad moral* que está presente:

«Un juez tiene ante sí a dos delincuentes, uno de ellos, por las circunstancias del caso, parece que sea ignorante y depravado, y ha cedido a una gran tentación por influencia del otro delincuente, el cual es una persona de posición social y con educación, quien ha cometido el delito, por el cual ambos están acusados, bajo una tentación comparativamente más tenue. Me aventuraré a decir que si el juez hiciese alguna distinción entre ellos, cualquier miembro de la judicatura inglesa impondría una sentencia más suave al primero que al segundo»¹²⁸².

Seguramente, muchos de los que protestarían contra la imposición legal de la moralidad admitirían sin reparo que una mayor maldad debería agravar, y una menor maldad debería mitigar, la severidad del castigo. Stephen considera que si se concede la importancia debida al principio de que la diferencia moral entre delitos debe reflejarse en la gradación de la sanción, ello constata que el *objetivo* del castigo no es simplemente prevenir actos «peligrosos para la sociedad» sino «perseguir las formas más escandalosas de vicio»¹²⁸³. Y si el objetivo del Derecho Penal es (o incluye) el de «promover la virtud y prevenir el vicio»¹²⁸⁴ no queda más que «restringirse el vicio no sólo con la extensión necesaria para la firme autoprotección sino sobre la base de que el vicio es algo malo»¹²⁸⁵. Así, es cometido propio del Derecho Penal regular todas aquellas acciones que la sociedad condene como inmorales, pues «el principio es que los vicios privados que son perjudiciales para otros deben justamente ser castigados»¹²⁸⁶.

Está en la propia naturaleza del Derecho Penal su función de perseguir las formas más escandalosas de vicio. Ya que en toda ley se contiene «una aserción enfática del principio de que el sentimiento de odio y el deseo de venganza son elementos importantes

¹²⁸⁰ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 152.

¹²⁸¹ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 152.

¹²⁸² STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 153.

¹²⁸³ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 152.

¹²⁸⁴ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., pp. 150 y 155.

¹²⁸⁵ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 143.

¹²⁸⁶ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 140.

de la naturaleza humana que deberían encontrar satisfacción de manera pública y legal»¹²⁸⁷. Tanto es así que «el Derecho Penal inglés reconoce que la moralidad subyace a un número considerable de actos que, sin tener que ser especificados, son tratados como crímenes simplemente porque son considerados como extremadamente inmorales»¹²⁸⁸.

Estas atribuciones tan amplias que Stephen concede al Derecho Penal vuelven a entrar en colisión directa con la noción de individualidad de Mill. Y en este punto el distanciamiento entre ambos se debe a la importancia que cada uno concedía a la esfera privada frente a la vida pública: «La reticencia de Stephen para definir la esfera privada o individual tenía dos causas. Primero, y más obviamente, él no compartía la creencia de Mill de que las personas estuvieran siendo aplastadas por el crecimiento de la democracia. Al contrario, pensaba que el progreso estaba acompañado de un incremento de la individualidad. En segundo lugar, y más fundamentalmente, Stephen no estaba obligado a defender una esfera privada porque él no veía al individuo como la piedra angular del cuerpo político»¹²⁸⁹. En clara clave hobbesiana, el pacto político-social había hecho trasladar la importancia desde los sujetos individuales hacia un Leviatán superior que a todos amparaba. Stephen hacía recaer el acento de lo político, no en los ciudadanos, sino en el poder legítimo detentado sobre ellos.

No es, por supuesto, sencillo desentrañar de los argumentos de Stephen ninguna declaración muy precisa acerca de qué valores se constituían o aseguraban con la imposición legal de la moralidad. El aspecto más prominente de su pensamiento en estos asuntos es su insistencia en lo legítimo o saludable del odio o resentimiento hacia el delincuente y el deseo de venganza. Parecería fácil concluir que el énfasis del juez victoriano en este tema es una reformulación de la teoría de la retribución: el castigo del delincuente se justifica porque «la ley criminal funciona, no simplemente produciendo miedo, sino también indirectamente, aunque de forma muy poderosa, dando respuesta al sentimiento de ira, y satisfaciendo el deseo de venganza que el crimen provoca en una mente sana»¹²⁹⁰.

Pero ya indicábamos que, junto con este tratamiento retributivo del castigo, el elemento denunciatorio también recibe especial atención por parte de Stephen. Para

¹²⁸⁷ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 152.

¹²⁸⁸ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 154.

¹²⁸⁹ FRANCIS M. y MORROW J., *A History of English Political Thought in the Nineteenth Century*, op. cit., p. 263.

¹²⁹⁰ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., 152.

comprender su tesis sobre la imposición legal de la moralidad debe advertirse que el juez asume que la sociedad en la que se aplica su doctrina se caracteriza por un alto grado de solidaridad moral, y se perturba profundamente por las violaciones de su código moral.

La moral que el Derecho está justificado que imponga es aquella generalmente compartida e identificable. Para Stephen, «no puede castigarse nada que la opinión pública, que se manifiesta en la práctica común de la sociedad, no condene de forma vigorosa e inequívoca (...). Para poder castigar, la mayoría moral tiene que ser abrumadora»¹²⁹¹.

Es posible que en la Inglaterra de mediados de la época victoriana se satisficieran esas condiciones en un *considerable número de comportamientos* que, según Stephen, se reputaban como delictivos simplemente porque se juzgan escandalosamente inmorales. Quizás entonces una *abrumadora mayoría moral* albergase el deseo de venganza que se resarce en el castigo del vicioso. Teniendo en mente esta imagen de la sociedad, Stephen en algunas ocasiones escribe como si la función del castigo fuese no tanto retributiva como de denuncia; no tanto para satisfacer deseos de odio o venganza como para expresar de manera enérgica una condena moral del delincuente y para ratificar la moralidad que ha violado.

Probablemente a lo que Stephen se esté refiriendo con una condena *vigorosa e inequívoca* es que sea efectiva a la hora de infundir en el delincuente y en el resto de personas respeto hacia el código moral que ha sido mancillado. Y mediante la condena restaurar el orden moral perturbado. Pero entonces la teoría se desplaza a un punto diferente: deja de identificarse con la tesis de que la imposición legal de la moralidad es un valor independiente de sus consecuencias y se convierte en la tesis de que la imposición legal de la moralidad es valiosa porque preserva la moralidad existente.

Si existe en estos asuntos lo que Stephen denomina *una mayoría moral abrumadora*, la convicción de que tales prácticas son moralmente incorrectas seguramente sea inseparable de un fuerte sentimiento de repulsa de esas conductas en la mente de la mayoría que las tacha de *antinaturales*.

Comprobamos como uno de los ataques más directos de Stephen frente a Mill es la distinción entre el uso de la coerción para imponer la moralidad y los otros métodos

¹²⁹¹ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 159.

millianos que se pueden usar para preservarla, tales como el argumento, el consejo o la exhortación. Stephen pensaba que la sociedad no puede «dibujar una línea donde la educación finaliza y la perfecta indiferencia moral comienza»¹²⁹². Ante esa imposibilidad no queda más que actuar en todo caso mediante el castigo y la represión para mantener la moralidad.

9. LIBERALISMO SIN DEMOCRACIA.

Fitzjames Stephen fue uno de los muchos intelectuales liberales que se convirtió en crítico de la democracia. La caída del Partido Liberal británico se entiende que comienza con la crisis de gobierno de 1886, cuando los Whigs bajo la dirección de Lord Hartington y los radicales de Joseph Chamberlain se cambian al bando conservador en protesta contra la política irlandesa de Gladstone.

Stephen pertenece a esa corriente del liberalismo inglés que resultó tan crítica con la democracia que dudó de los beneficios de extender el poder al pueblo, a una masa inculta y amorfa incapaz de dirigir sus designios. Es el “desquite de los conservadores” del que habla el historiador Guido de Ruggiero cuando afirma que el liberalismo inglés no se resume sólo en el partido liberal sino que tiene su expresión complementaria en el partido conservador¹²⁹³.

En 1873, Stephen se presenta como candidato para el Parlamento. Aunque no era su primera vez, sí fue la última. Ya se había presentado, sin éxito, por el partido Liberal en Harwich en 1865. Su candidatura otra vez por el partido Liberal, por Dundee (Escocia), se basaba en la esperanza de que, desde aquel puesto, sería más fácil cumplir su objetivo de codificar el Derecho Penal y porque su amigo Lord Coleridge le había comentado que, de resultar elegido, probablemente sería nombrado Procurador General.

Fue Stephen el que recibió el menor número de votos entre los tres candidatos que postulaban. Durante la campaña de Stephen, un periódico local buscó desacreditar su liberalismo mediante la publicación de algunos extractos del *Liberty, Equality, Fraternity* que pretendían evidenciar que no era un auténtico liberal.

¹²⁹² STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 157.

¹²⁹³ RUGGIERO G., *Historia del liberalismo europeo*, op. cit., p. 133.

La victoria de los liberales en 1880 suponía, a juicio de Stephen, un triunfo de las masas sobre la parte respetable y adinerada de la sociedad inglesa. En sus discursos Stephen sostenía que hay ciertos defectos inherentes en el sistema parlamentario que alteran la buena marcha tanto de la actividad legislativa como del ejecutivo en el gobierno. La creciente complejidad de la sociedad hace necesario un especial conocimiento y experiencia para la eficaz administración de los asuntos públicos. Pero las instituciones parlamentarias por las que parecía apostar el naciente modelo democrático no cumplían estos requisitos.

Con los años, el Parlamento fue ganando supremacía en detrimento de la monarquía. Aunque Inglaterra no podía restaurar ya una monarquía poderosa, Stephen - como buen conservador burkeano- insistió en que el poder del Rey era esencial para que el ejecutivo llevara a cabo las funciones necesarias del gobierno. Era consciente, también, de que la soberanía ya estaba firmemente en manos del Parlamento. Sin embargo, el gobierno parlamentario con un sufragio democrático estaría sujeto al gran peligro -que Stephen señaló en varias ocasiones- de que las masas incultas y sin escrúpulos ‘enchufarían’ en el gobierno a quien complaciera sus gustos y prejuicios con tal de obtener el poder.

Stephen sugirió algunas reformas específicas que remediarían parcialmente los defectos que señalaba. Quería separar la política de la administración y garantizar que una élite entrenada se dedicara al gobierno. Su deseo era que sólo el Parlamento ejerciera el poder; y hacerlo a través de políticos capacitados. Ello garantizaría el gobierno de Inglaterra bajo la dirección del sabio y el competente. La participación en el poder político no debería ser un derecho que alcanzara a todos, sino más bien «un privilegio que ha de ser extendido o disminuido de acuerdo con la inteligencia y la integridad de una determinada población»¹²⁹⁴, añadía Kirk.

En gran medida, *liberal* y *conservador* son términos relativos, que pueden ser entendidos solamente en el contexto de la época y lugar en el que se utilizan. Un liberal de la primera mitad del siglo XIX en Inglaterra era considerado un conservador en la segunda. Y eso fue lo que le pasó a Stephen. Él era un liberal en el sentido clásico. Pero en su día un nuevo tipo de liberalismo socavó la posición clásica, y Stephen y muchos de su generación pasaron a ser considerados conservadores.

¹²⁹⁴ KIRK R., *La mentalidad conservadora en Inglaterra y Estados Unidos*, op. cit., p. 69.

El hecho importante es que la mentalidad de los liberales clásicos siguió siendo la misma; fue el liberalismo el que cambió; no ellos. Los escritos de Stephen subrayan la importante distinción entre el viejo liberalismo clásico y el nuevo liberalismo social y democrático. El primero, cuyos exponentes incluyen a Locke, Montesquieu, los Padres fundadores americanos, a Tocqueville y a muchos de los contemporáneos de Stephen en Gran Bretaña y en el resto de Europa, propugnaba la libertad y el gobierno representativo, pero desconfiaba del hombre común y del régimen democrático. Mientras que el viejo liberal cree que el mejor gobierno es el que gobierna menos, el nuevo liberal sostuvo que el mejor gobierno es el que gobierna más.

La relación entre democracia y libertad que ahora nos parece tan evidente y necesaria presentó para los liberales ingleses clásicos más tensiones que ventajas. Anthony Arblaster recuerda que «uno de los clichés del liberalismo moderno, presente al menos desde la época de Tocqueville y el joven Mill, ha consistido en insistir en la posible, e incluso probable disyuntiva entre democracia y libertad, al subrayar el hecho de que un régimen popular no implica necesariamente libertad personal, y conjurar el espectáculo de la ‘tiranía de la mayoría’»¹²⁹⁵. La relación entre el liberalismo y la democracia ha sido, en personajes como Stephen, objeto de contrariedad. Por ello cabe tildarles de liberales (o liberal-conservador) pero no de demócratas, por los continuos recelos que manifestaron hacia esta forma de gobierno.

La democracia a la que se opone la generación de Stephen es diferente en algunos puntos a la nuestra. De la democracia que desconfiaron es la que aparece en el horizonte de la Revolución francesa y que encerraba dentro de sí a lo que hoy llamamos democracia *strictu sensu*. Guido de Ruggiero destaca los dos elementos de esta democracia que, remando en direcciones opuestas, hicieron a los liberales de esta época ser antidemócratas. Los liberales como Stephen asumen la primera mentalidad de gobierno; la vertiente ‘socialista’, más demócrata, apostará por la segunda forma:

«La una quería limitar el principio de igualdad a una expresión puramente jurídica y tendía, por tanto, a cooperar con el progreso social con medios ordenados y legales, respetando los derechos adquiridos y reconociendo los frutos ‘individuales’ de tal libertad. La otra [mentalidad de gobierno] deseaba efectuar una redistribución violenta de los valores y de los bienes sociales y sustraer a los individuos todos sus derechos para entregarlos a la colectividad. A esta expropiación,

¹²⁹⁵ ARBLASTER A., *Democracia*, op. cit., p. 136.

no sólo de bienes sino también de derechos y de valores individuales, el liberalismo siente una repugnancia profunda»¹²⁹⁶.

Los liberales clásicos de la época victoriana, incluyendo a Fitzjames Stephen, equipararon democracia con mediocridad y tiranía. Pese a los encuentros y desencuentros entre liberalismo y democracia en el siglo XIX, para los albores del XX y antes de la llegada de la irracionalidad fascista, los caminos de ambos programas quedaron indeleblemente unidos bajo la forma de la democracia liberal que resultó triunfante en el mundo occidental.

10. LA SANCIÓN FINAL.

En tres años y medio Stephen escribió los tres volúmenes de su *History of Criminal Law of England* (1883). En esta *History* Stephen hace un recuento de la influencia del Derecho Romano sobre el de Inglaterra; es también una historia del Derecho Penal inglés y su procedimiento desde antes de la conquista normanda hasta finales del siglo XIX; y una historia de los tribunales penales, los procedimientos que ante ellos se siguen y su competencia. Stephen continúa mostrando la relación entre la ley, la moral y la sociedad, argumentando que los cambios en los sentimientos de la comunidad se reflejan en la historia de la legislación y en los delitos que se tipifican. Defiende la pena de muerte para los delitos graves, sugiere modificaciones en las definiciones de los crímenes y aboga por una codificación.

El 12 de diciembre de 1876 Stephen presenta un trabajo ante la *Metaphysical Society* titulado “The Influence on Morality of a Decline on Religious Belief”¹²⁹⁷. La perspectiva de una ‘revolución moral’ alarmó a Stephen. Criticó a los Positivistas que la religión secular que propugnaban no era capaz de suministrar una sanción adecuada para las infracciones de la moralidad. Si los hombres han dejado de creer en Dios y en un más allá, ¿qué les induciría a hacer el bien y evitar el mal? Stephen estaba dispuesto a creer que el amor, la amistad y la benevolencia podrían sobrevivir sin religión; pero no la sociedad. Estaba convencido de que la sociedad no podría protegerse de los malvados. La

¹²⁹⁶ RUGGIERO G., *Historia del liberalismo europeo*, op. cit., p. 374.

¹²⁹⁷ Sobre el revuelo que provocó aquel texto y los comentarios que suscitó la idea de una ‘revolución moral’, véase SMITH K.J.M., *James Fitzjames Stephen*, op. cit., pp. 239 y ss.

sanción última de la moral, si ya no era de carácter religioso, debía provenir entonces del Derecho.

Los últimos años de la vida de Stephen se oscurecieron por tristezas y decepciones. Sus opiniones sobre política y religión se hicieron cada vez más pesimistas; y sus intentos codificadores y sus propuestas sobre las reformas en la estructura del gobierno se vieron frustrados.

Al mismo tiempo, Stephen sufrió algunas tragedias personales. Le afectó profundamente la muerte de sus amigos Henry Maine y George Venables en 1888 y la de Lord Lytton en 1891. La pérdida más dolorosa fue la de su hijo James Kenneth que, afectado por una enfermedad mental, murió en un asilo en 1892.

Stephen falleció el 11 de marzo de 1894, poco después de su sexagésimo quinto cumpleaños. Yace en *Kensal Green Cemetery*, al lado de sus padres.

«Nos encontramos en un puerto de montaña, en medio de una tormenta cegadora de nieve y niebla. Solo vislumbramos rutas que pueden ser engañosas. Si decidimos quedarnos quietos, moriremos congelados de muerte. Si tomamos el camino equivocado... ciertamente no sabemos si hay alguno adecuado. ¿Qué debemos hacer?»

Y respondiendo a dicha pregunta Stephen cierra así su *Liberty, Equality, Fraternity*:

«Actuar de la mejor manera posible, tener esperanza de que lo mejor pueda ocurrir y tomar lo que venga del mejor modo. Sobre todo, no dejar de soñar y no mentir, ir a nuestra manera, con los ojos abiertos y la cabeza recta. Si con la muerte acaba todo, nosotros no nos encontraremos en ningún lugar mejor. Si no es así, que nos dejen entrar en cualquiera que sea la siguiente escena, como hombres honestos, sin mentiras en la boca y sin máscaras en la cara».

Este pasaje podría servir de epitafio de Stephen. Pasó parte de su vida luchando contra los tópicos de la vida y los soñadores sentimentalistas. En ese proceso, se enzarzó con las mentes más brillantes de la Inglaterra victoriana. Sus escritos resultaban incómodos, antipáticos e impopulares, pero mostraban la realidad y el anhelo de una época que se marchaba. Como el que se encuentra nadando contra la corriente de finales del siglo XIX y en su interior es consciente de que la llegada de un nuevo tiempo es inevitable.



TOMO II

Continuación



CAPÍTULO QUINTO

El Informe Wolfenden

En agosto de 1954 se creó en Inglaterra el *Departmental Committee On Homosexual Offences and Prostitution*. Dicho Comité, auspiciado gubernativamente por el Ministerio de Asuntos Interiores y el Departamento de Asuntos Interiores de Escocia, estaba integrado por quince miembros¹²⁹⁸, entre ellos tres mujeres, y presidido por Sir John Wolfenden¹²⁹⁹, de quién adoptará el Informe su nombre. Recibieron el encargo de analizar los cambios legales pertinentes en las leyes que criminalizaban la homosexualidad y la prostitución. El Comité se reunió en sesión primera el 15 de septiembre de 1954 y, tres años más tarde, el 3 de septiembre de 1957, después de 62 sesiones (32 de ellas para entrevistar testigos), emite su informe final de 155 páginas, conocido como *Informe Wolfenden*, recomendando que se despenalizaran las prácticas homosexuales consentidas que tuvieran lugar entre adultos en privado.

¹²⁹⁸ John Wolfenden (presidente), James Adair (1886-1982, inspector fiscal de Glasgow), Mrs. Mary G. Cohen (1893-1962, vicepresidenta de *Girl Guides* en Glasgow y portavoz de la asociación escocesa de clubes para chicas), Dr. Desmond Curran (1903-1985, experto psiquiatra en el *St George's Hospital*), Rev. Canon Vigo Auguste Demant (1893-1983, canónigo de la *Christ Church* y profesor de moral y teología pastoral en la *Universidad de Oxford*), Mr. Justice Kenneth Diplock (1907-1985, juez de la *Corte Suprema*), Sir Hugh Linstead (1901-1987, parlamentario conservador por *Putney* y farmacéutico), Peter Francis Walter Kerr, 12º Marqués de Lothian (1922-2004, ministro del *Foreign Office*), Mrs. Kathleen Lovibond (1893-1976, portavoz del *Uxbridge juvenile Magistrates Courty*), Mr. Victor Mishcon (1915-2006, hijo de un rabino, abogado del Estado y miembro del Partido Laborista del *London County Council*), Goronwy Rees (1909-1979, rector de la *Universidad de Aberystwyth*, en Gales), Rev. R.F.V. Scott (1897-1975, presbiteriano pastor de la *Iglesia de Escocia*), Lady Stopford (1890-1978, oftalmóloga y magistrada), William T. Wells (1908-1990, parlamentario laborista por *Walsall North* y abogado), y Dr. Josephy Whitby (1900-1960, médico con experiencia psiquiátrica). Dos miembros del Comité no se mantuvieron hasta el final: el ministro presbiteriano Rev. Scott renunció en marzo de 1956 ya que su nombramiento como Moderador de la Asamblea General de la Iglesia de Escocia le impedía pasar el tiempo requerido en Londres; Goronwy Rees dejó el Comité un mes después de que se iniciaran las reuniones. Era el representante más singular: “nacido en una familia de habla galesa, hijo de un ministro metodista calvinista en Aberystwyth, destacó como estudiante en Oxford. Aquí se acercó hacia los estudiantes universitarios estetas: aquellos que se dedicaron a la poesía y las artes y pasaban sus vacaciones absorbiendo la supuesta decadencia y el hedonismo sexual de la Alemania de Weimar y quienes fueron, o se vieron afectados, por ser homosexuales. A pesar de haberse enamorado ‘de un joven muy hermoso y salvaje’ en su segundo año, Goronwy Rees afirmó que él mismo era heterosexual, y se casó y tuvo una familia”. REES J., *Looking for Mr Nobody: The Secret Life of Goronwy Rees*, Weidenfeld and Nicolson, London, 1994, p. 42. De la mayoría de miembros del Comité se pueden consultar sus biografías en HIGGINS P., *Heterosexual Dictatorship: Male Homosexuality in Postwar Britain*, Fourth Estate, London, 1996; y también a través del portal online *Who Was Who*, <http://www.ukwhoswho.com> (editado por Oxford University Press).

¹²⁹⁹ John Wolfenden (1906-1985) había sido el director de los colegios *Uppingham* y *Shrewsbury*. En 1950 fue vicerrector de la *Universidad de Reading* y, más tarde, director del *British Museum*. Según confiesa en su libro autobiográfico, John Wolfenden intentó mantener una completa imparcialidad sobre la cuestión de la homosexualidad durante las deliberaciones del Comité que presidía. Sus propios secretos familiares y los deseos personales los tuvo que mantener necesariamente ocultos. Incluso en ningún momento John Wolfenden reconoce que se hubiera visto influido -de hecho no aclara si en aquél entonces tenía conocimiento de ello- por la homosexualidad de su hijo Jeremy. WOLFENDEN J., *Turning Points: The Memoirs of Lord Wolfenden*, Bodley Head, London, 1976, p. 132.

Paralelamente en Estados Unidos, en 1955, el *American Law Institute*, bajo la dirección del constitucionalista Herbert Wechsler¹³⁰⁰, recomendó, en su Proyecto de Código Penal, que todas las relaciones consentidas entre adultos realizadas en privado deberían excluirse del alcance del Derecho penal. Sus argumentos eran que «las prácticas sexuales atípicas realizadas por adultos que consentían no suponían ningún daño a los intereses seculares de la comunidad»¹³⁰¹; y que no se puede soslayar «la cuestión fundamental de la protección a la que todo individuo tiene derecho frente a la interferencia del Estado en sus asuntos personales cuando no dañen a otros»¹³⁰². El *Model Penal Code* fue tajante al respecto:

«La ley penal en esta área no puede emprender o pretender trazar la línea donde la religión o la moral la dibujarían. Las demandas morales sobre el comportamiento humano pueden ser más altas que las de la ley penal porque, precisamente, las violaciones de esos estándares más altos no tienen consecuencias tan graves como las que se imponen para los delitos penales. Además, los estándares morales en esta área están en un continuo estado de cambio, con un amplio desacuerdo incluso entre las personas honestas y responsables»¹³⁰³.

Sus recomendaciones fueron aprobadas por el Comité Consultivo del *American Law Institute* pero rechazadas por mayoría de su Consejo. Debido a esto se sometió a discusión en la reunión anual del Instituto celebrada en Washington en mayo de 1955. El texto, después de un acalorado debate, se aprobó por una mayoría de 35 a 24¹³⁰⁴. El *Model Penal Code* no trató de expulsar del Derecho penal americano todas las inmoralidades perseguidas hasta entonces por la ley, sino «más bien, al reconocer que existen elementos

¹³⁰⁰ Cuenta Nicola Lacey el encuentro entre Hart y Wechsler en Harvard: “Además de Fuller, la persona con quien hizo el contacto intelectual más significativo fue con el constitucionalista, Herbert Wechsler. Herbert le encontró un ‘personaje interesante aunque algo sombrío’, ‘oscuro y bastante duro pero astuto’. Wechsler, cuyo matrimonio se había roto recientemente, acababa de rechazar el puesto más importante en Derecho penal en Harvard (...). Wechsler había sido abogado en Nuremberg y ahora estaba trabajando en el influyente Model Penal Code. Él y Herbert tuvieron largos debates sobre responsabilidad penal, teoría del castigo y, lo más importante en términos de influencia sobre el propio trabajo de Herbert, la causalidad”. LACEY N., *A life of H.L.A. Hart: The nightmare and noble dream*, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 187-188. En la obra *Law, Liberty and Morality* Hart dejará ver la influencia que tuvo su encuentro con Herbert Wechsler, además de utilizar algunos ejemplos y conclusiones del *Model Penal Code*.

¹³⁰¹ *American Law Institute*, Model Penal Code, Tentative Draft, núm. 4, 25 de abril de 1955, comentario 277.

¹³⁰² *American Law Institute*, Model Penal Code, Tentative Draft, núm. 4, 25 de abril de 1955, comentario 278.

¹³⁰³ *American Law Institute*, Model Penal Code, Tentative Draft, núm. 9, 8 de mayo de 1959, comentario 150-151.

¹³⁰⁴ La noticia del debate aparece en *The New York Times*, 30 de mayo de 1955, p. 13.

irracionales en la controversia sobre la legislación moral, se centraron en aquellos elementos sobre los cuales es posible un debate racional y un acuerdo»¹³⁰⁵.

El *American Law Institute* ponía de manifiesto que las leyes existentes contra los homosexuales no se cumplían en la práctica, excepto en casos de violencia, corrupción de niños o prostitución. Entonces, «la selección caprichosa de algunos casos para su enjuiciamiento, entre los millones de infracciones que ocurrían, resulta injusta y beneficia principalmente a los extorsionadores y buscadores de venganza privada»¹³⁰⁶. Además, la búsqueda de homosexuales involucra a los policías en prácticas para detenerlos que resultan verdaderamente degradantes y desvía el esfuerzo que podría emplearse de manera más útil contra otros delitos más graves. La decisión de despenalizar la desviación de la sexualidad se basa no sólo en la idea de la inmunidad que tiene la moral privada frente a la regulación jurídica, sino en la consideración de las dificultades prácticas y lo gravoso de usar la ley penal para este cometido¹³⁰⁷.

Los trabajos del *American Law Institute* ponen de manifiesto las similitudes entre su *Model Penal Code* y el Informe Wolfenden británico, ya que ambos textos se enmarcan dentro de la «crítica contemporánea que se hace a los ‘crímenes sin víctima’»¹³⁰⁸.

Hasta que se iniciaron los trabajos de la Comisión Wolfenden, Inglaterra contaba con una larga tradición en materia de persecución de la homosexualidad. La *Buggery Act 1533* fue aprobada por el Parlamento durante el reinado de Enrique VIII. En ella fue la primera vez que la homosexualidad fue condenada por el Derecho inglés, pues anteriormente sólo había sido perseguida por los tribunales eclesiásticos. La Ley definía el delito, *buggery*, como cualquier acto sexual “antinatural contra la voluntad de Dios y el hombre”. Posteriormente se reformó y el delito *buggery* incluyó solamente el sexo anal y el bestialismo¹³⁰⁹. Si se llegaba a consumir el acto sexual entre hombres, la condena podía alcanzar la pena de muerte por ahorcamiento además de la incautación de todos los

¹³⁰⁵ SCHWARTZ L.B., “Morals Offenses and the Model Penal Code”, en *Columbia Law Review*, vol. 63, 1963, p. 671.

¹³⁰⁶ SCHWARTZ L.B., *Morals Offenses and the Model Penal Code*, op. cit., p. 676.

¹³⁰⁷ *American Law Institute*, *Model Penal Code*, Tentative Draft, núm. 4, 25 de abril de 1955, comentario 278-279.

¹³⁰⁸ GREY T.C. (ed.), *The Legal Enforcement of Morality*, Alfred A. Knopf, New York, 1983, p. 10.

¹³⁰⁹ El caso *R v Jacobs (1817) Russ & Ry 331* habría demostrado que *buggery* se refiere sólo al contacto sexual *per anum* de un hombre a otro hombre o de un hombre con una mujer, o el contacto *per anum* o *per vaginum* de un hombre o una mujer con un animal. Las otras formas de “contactos sexuales contranatura” pueden considerarse como “asalto indecente” o “indecencia grave” pero no *buggery*. SMITH J.C. y HOGAN B., *Criminal Law*, Butterworths, London, 7ª ed. 1992.

bienes del ajusticiado. Los últimos hombres ejecutados por actos homosexuales en Inglaterra fueron James Pratt y John Smith en 1835, en virtud de la sección 15 de la *Offences against the Person Act 1828*, que había introducido algunas modificaciones en la Ley de Sodomía de 1533.

Para el procesamiento se requería la denuncia por parte de testigos que hubieran presenciado la comisión del delito. El principal problema que arrastraba esta legislación era, precisamente, la dificultad para encontrar dichos testigos, ya que el delito se solía cometer en la intimidad y sin presencia de más personas. Pero la ley entendía como delito público no únicamente la comisión del delito en un lugar público, sino también por «la mera presencia de testigos competentes, es decir, aquellos que no estaban involucrados en los actos sexuales en sí mismos pero habían tenido conocimiento de ello»¹³¹⁰. Pratt y Smith fueron descubiertos por el portero del edificio donde estaba la habitación en la que realizaron el acto sexual. El portero se subió a una terraza del edificio de enfrente y pudo ver tras la ventana la relación. Volvió a su edificio y espió, junto a su esposa, tras la cerradura del apartamento. Avisó a la policía y Pratt y Smith fueron detenidos, ya que el portero y su esposa pudieron reputarse como los testigos competentes que la ley requería para el procesamiento.

El magistrado Hensleigh Wedgwood que había dirigido el juicio contra Pratt y Smith escribió al Secretario de Estado para Asuntos Internos, Lord John Russell, alegando que creía conveniente en el presente caso la conmutación de la pena de muerte por una condena menos extrema, afirmando: «Este es el único crimen en el que no se daña a ningún individuo y, en consecuencia, que se requiera tan poco esfuerzo para cometerlo de una forma tan privada convierte su persecución en imposible. Es también el único delito capital que es cometido por hombres ricos que, por las circunstancias que he mencionado, nunca son condenados»¹³¹¹. Hensleigh Wedgwood razonaba que la ley era injusta porque los hombres ricos que deseaban tener sexo, podían permitirse espacios privados en los que era poco probable que fueran descubiertos. Que Pratt y Smith fueran delatados «se debió enteramente a su pobreza, ya que no podían pagar para su privacidad y la habitación era tan pobre que lo que estaba sucediendo dentro era fácilmente visible

¹³¹⁰ COCKS H., *Nameless Offences, Homosexual Desire in the 19th Century*, I.B. Tauris & Co, New York, 2003, p. 34.

¹³¹¹ UPCHURCH C., *Before Wilde: Sex between Men in Britain's Age of Reform*, University of California Press, Los Ángeles, 2009, p. 112.

desde el exterior»¹³¹². El requerimiento del juez Wedgwood no fue atendido y Pratt y Smith fueron ahorcados en la prisión de Newgate la mañana del 27 de noviembre de 1835.

La Ley de Sodomía de 1533 (y su modificación de 1828) finalmente fue derogada y reemplazada por la *Offences Against the Person Act 1861*. En la Ley de 1861, en sus secciones 61 y 62, la sodomía continuaba siendo un delito, aunque se sustituía la pena de muerte y la incautación de todos los bienes por otras condenas que iban desde las penas de multa a las penas de prisión, pudiendo alcanzar la cadena perpetua. En 1885 se produjo una reforma en la Ley de 1861, la *Criminal Law Amendment Act 1885*, por la cual se extendía el delito de sodomía a cualquier práctica sexual entre varones y no solo al sexo anal. Entre los casos más mediáticos de este periodo se encuentran tanto el escándalo de la calle Cleveland, cuando en 1889 un burdel homosexual fue descubierto por la policía en el barrio de Fitzrovia, en Londres, en el que reconocidos aristócratas estaban corrompiendo -según se denunció- a jóvenes de clases bajas; como el juicio y encarcelamiento de Oscar Wilde en 1895. La homosexualidad femenina nunca fue objeto explícito de ninguna legislación.

En la primera mitad del siglo XX la presión policial sobre los homosexuales se había reducido, pero los arrestos, denuncias y juicios seguían produciéndose. Tras la Segunda Guerra Mundial la lucha contra la homosexualidad se recrudece. Estados Unidos ya había realizado una purga de homosexuales en su administración pública, al considerarlos como un ‘riesgo para la seguridad’ debido a su ‘falta de estabilidad emocional’, la ‘debilidad de su fibra moral’ y la facilidad para acceder a los chantajes. Tras la deserción a Rusia de los espías británicos Guy Burgess y Donald Maclean en 1950, hay pruebas de que Estados Unidos presionó al gobierno británico para que pusiera orden en su propia casa¹³¹³. Las autoridades inglesas temían la posibilidad de que hubiera funcionarios públicos homosexuales que pudieran ser chantajeados por espías rusos para revelar secretos de Estado a la URSS a cambio de no airear sus intimidades. Esta situación se agravó con el descubrimiento de los llamados *Cinco de Cambridge*, un grupo de espías británicos reclutados por la URSS en el Trinity College, que estuvieron infiltrados como topes y pasando información durante la Segunda Guerra Mundial. Se pensó que alguno de los cinco Apóstoles podía ser un homosexual víctima de chantajistas soviéticos. En

¹³¹² UPCHURCH C., *Before Wilde: Sex between Men in Britain's Age of Reform*, op. cit., p. 112.

¹³¹³ WEEKS J., *Sex, Politics and Society. The Regulation of Sexuality since 1800*, Routledge, London, 1ª ed. 1981 y 3ª ed. 2012, p. 308.

ese contexto también se produjo la encarcelación en 1952 del matemático Alan Turing, cuyos trabajos descifrando criptografía nazi fueron decisivos para acortar la Segunda Guerra Mundial. Turing eligió, frente a la condena en prisión, someterse a un tratamiento de castración química. La medicación le supuso un grave deterioro de sus facultades físicas e intelectuales. Asediado y agotado por la agresividad de la terapia hormonal, dos años después de su condena por “indecencia grave y perversión sexual”, murió (según la versión oficial por suicidio; sin embargo, su muerte ha dado lugar a otras hipótesis, incluida la del asesinato).

En el verano de 1953, Edward Douglas-Scott-Montagu, tercer barón Montagu de Beaulieu, político conservador inglés y conocido por fundar el Museo Nacional del Motor, ofreció su cabaña de la playa para celebrar una fiesta junto al famoso periodista y corresponsal diplomático del *Daily Mail*'s Peter Wildeblood y su primo, Michael Pitt-Rivers. Algunos de los asistentes a la fiesta denunciaron los actos de sodomía que allí se cometieron. Edward Douglas-Scott-Montagu, Wildeblood y Michael Pitt-Rivers fueron condenados en enero de 1954.

Como resultado de este juicio, el de Turing y algunos más, el gobierno conservador de Winston Churchill, alarmado por la escalada de casos tan sonados de sodomía, inició los trabajos preparatorios de la Comisión Wolfenden. El anuncio oficial se hizo en la Cámara de los Comunes el 18 de abril de 1954 por Sir Hugh Lucas-Tooth. Y en agosto de ese mismo año se reunió por primera vez el Comité.

La mayor visibilidad de la homosexualidad generó una situación de *pánico moral*, como lo han calificado posteriormente distintos estudiosos, aludiendo a la preocupación que experimentó la sociedad británica ante el denominado “problema social” y el crecimiento del número de detenidos por homosexualidad¹³¹⁴. Hubo un aumento considerable en Inglaterra y Gales a partir de la década de 1930 de casos conocidos por la policía de sodomía, indecencia grave y asalto indecente: de 622 en 1931 a 6.644 en 1955. Muchos de ellos acabaron siendo procesados: de 390 en 1931 se pasó a 2.504 en

¹³¹⁴ Por ejemplo en HALL S., “Reformism and the Legislation of Consent”, en *Permissiveness and Control: The Fate of the Sixties Legislation*, National Deviancy Conference (ed.), Barnes and Noble, New York, 1980, p. 8; en NEWBURN T., *Permission and Regulation: Law and Morals in Post-War Britain*, Routledge, London, 1992, pp. 49-50; WEEKS J., *The World We Have Won: The Remaking of Erotic and Intimate Life*, Routledge, New York, 2007, pp. 45-48; y en HORNSEY R., *The Spiv and the Architect: Unruly Life in Postwar London*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 2010, pp. 83-84.

1955. El aumento de más del triple desde el final de la Primera Guerra Mundial fue especialmente alarmante¹³¹⁵.

La prensa popular a finales de la década de 1940 y principios de 1950 contribuyó a la histeria colectiva alertando de los elevados índices que alcanzaban los crímenes por sodomía. El *Sunday Pictorial* presentó un estudio en tres partes sobre los “Hombres malvados” en 1952, dejando claro que estas personas enfermas estaban originando un inframundo sexual degenerado que sería heredado por nuestros hijos¹³¹⁶. Un periódico menos sensacionalista como el *Sunday Times* estaba pidiendo una reforma, señalando no solo los excesos que estaban cometiendo los tribunales recientemente sino también cuestionando muchas décadas de testimonios médicos, científicos y religiosos sobre la inversión sexual. El 1 de noviembre de 1953 argumentó que «la ley que establece las relaciones sexuales entre los hombres como una ofensa procesable, no es exigible ni está en consonancia con las normas éticas actuales»¹³¹⁷.

Algunas publicaciones académicas empezaron a cuestionar la criminalización de la homosexualidad y su consideración como enfermedad. «La homosexualidad no es un fenómeno nuevo, pero aún no se debate abiertamente», escribieron J. Tudor Rees y Harley V. Usill en su introducción en 1955 a *They Stand Apart: A Critical Survey of the Problems of Homosexuality*, y se preguntaban «¿no es hora de que salga a la luz para su investigación con miras a despenalizarse?»¹³¹⁸. En Estados Unidos, Alfred Kinsey había sido uno de los pioneros de la investigación sexual humana. Sus estudios -publicados en dos libros sobre el comportamiento sexual masculino y femenino- habían generado un gran impacto¹³¹⁹. Las conclusiones que extrajeron Kinsey y sus colaboradores diferían radicalmente de la apreciación de la homosexualidad como un fenómeno minoritario. El Informe revelaba que la mitad de los varones de la muestra estudiada habían tenido, al menos, una experiencia homosexual (a nivel físico o de fantasía), aunque era muy

¹³¹⁵ *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, Cmnd. 247, Her Majesty's Stationery Office, Londres, 1957, apéndice I, tablas I y II. En adelante, en las citas al pie, este documento aparecerá como WOLFENDEN report.

¹³¹⁶ BINGHAM A., *Family Newspapers? Sex, Private Life, and the British Popular Press 1918-1978*, capítulo 5, Oxford University Press, Oxford, 2009; y HALL L., *Sex, Gender and Social Change in Britain Since 1880*, Palgrave Macmillan, London, 2ª ed. 2013, pp. 142-143.

¹³¹⁷ *Sunday Times*, “Un Problema Social”, 1 de noviembre de 1953, p. 6.

¹³¹⁸ TUDOR J. y USILL H. (eds.), *They Stand Apart: A Critical Survey of the Problems of Homosexuality*, William Heinemann, London, 1955, p. xii.

¹³¹⁹ KINSEY A.C., POMERY W.B. y MARTIN, C.E., *Sexual Behavior in the Human Male*, Indiana University Press, Bloomington, 1948; y KINSEY A.C., POMERY W.B., MARTIN C.E. y GEBHARD P.H., *Sexual Behavior in the Human Female*, Indiana University Press, Bloomington, 1953.

frecuente que hubieran tenido más de una, o que incluso hubieran llevado una vida homosexual exclusivamente. Por tanto, este tipo de sexualidad no era excepcional y podía refutarse la creencia de la homosexualidad como patología mental.

Aunque el Informe Kinsey provoca hoy grandes controversias, sobre todo por los métodos estadísticos utilizados, sus datos siguen siendo frecuentemente usados para respaldar la estimación de que el 10% de la población es homosexual. Sobre la base de más de 5.300 entrevistas personales, Kinsey concluyó, entre otras cosas, que el 37% de los hombres entrevistados habían experimentado alguna vez un orgasmo homosexual a partir de su adolescencia; que el 18% mantuvo igual número de relaciones heterosexuales que homosexuales durante un período mínimo de 3 años, entre las edades de 16 a 55 años; que sólo un 4% manifestaba una conducta estrictamente homosexual durante toda su vida; y que la homosexualidad existía en todos los niveles sociales y profesionales¹³²⁰. El propio Informe Wolfenden avaló los resultados a los que había llegado Kinsey por dos motivos:

«En primer lugar, llega a la conclusión de que los homosexuales no pueden considerarse razonablemente separados del resto de la humanidad. En segundo lugar, como se analizará más adelante, el Informe tiene cierta relevancia en relación con las afirmaciones hechas sobre el éxito de varias formas de tratamiento»¹³²¹.

La llegada del Informe Kinsey a Gran Bretaña, los juicios mediáticos que se celebraron contra conocidos homosexuales y el aumento considerable de detenciones por sodomía constituyen el panorama que motiva la creación de la Comisión Wolfenden. Los trabajos de la Comisión reavivarán el debate que, casi cien años atrás, había enfrentado a Fitzjames Stephen con Stuart Mill. Algunos de los fragmentos más controvertidos y polémicos del Informe merecen ser transcritos aquí, por ser la referencia ineludible a la que acudirán tanto los detractores y defensores de la reforma legal británica sobre la homosexualidad, como los protagonistas de la polémica que se originó tras su publicación ya que «los principios de Mill/Wolfenden/Hart (separar lo público de lo privado, el crimen del pecado, la ilegalidad de la inmoralidad) son los que se impusieron en las reformas legislativas de los años 50 y 60»¹³²². La selección de los fragmentos reproducidos responde al interés expositivo y a la contundencia con la que se afirman las

¹³²⁰ KINSEY A.C., POMERY W.B. y MARTIN, C.E., *Sexual Behavior in the Human Male*, op. cit., p. 656.

¹³²¹ WOLFENDEN report, op. cit., parágr. 22.

¹³²² LEWIS B., *Wolfenden's Witnesses: Homosexuality in Postwar Britain*, Palgrave Macmillan, London, 2016, p. 262.

ideas que estamos discutiendo (dejo al margen la Parte III del Informe dedicada a la prostitución y los párrafos que el Informe dedica a cuestiones de medicina psiquiátrica que les llevará a recomendar que se deje de considerar la homosexualidad como enfermedad). Desde el comienzo de su Informe, el Comité era consciente del cometido que le encargó el Parlamento: y deciden ceñir el objeto de su estudio a «considerar la ley y práctica relativa a los delitos de homosexualidad y el tratamiento que reciben las personas acusadas de tales delitos por los tribunales»¹³²³. Cualesquiera otras consideraciones sobre política criminal, teología, sociología o psicología quedarían fuera de su competencia.

Así, ya desde el inicio de su dictamen, el Comité declara lo siguiente:

«He aquí nuestra propia formulación de la función del Derecho penal en lo concerniente a los temas objeto de esta investigación. Desde nuestro punto de vista, en este ámbito, la función del Derecho penal es la de mantener el orden público y la decencia, proteger al ciudadano de la ofensa y de la injuria, así como brindar protección a aquellas personas especialmente vulnerables por su juventud, debilidad mental o física, inexperiencia o dependencia física, jerárquica u económica frente a la explotación y la corrupción»¹³²⁴.

El Comité hizo ver que su función no era liberalizar el Derecho inglés, sino decidir si dicho Derecho era el medio de control más efectivo para hacer valer o impedir determinadas conductas. El Informe Wolfenden, al argumentar que el propósito del Derecho penal era preservar el orden público, estaba a su vez defendiendo que «había áreas de la vida que no estaban relacionadas con el Derecho penal, aunque pudieran ser de interés moral para los individuos y la sociedad. Lo que propusieron, por lo tanto, fue un retiro parcial del Derecho de la intervención en el comportamiento individual»¹³²⁵. De ahí que afirme el Comité:

«Desde nuestro punto de vista, no es función del Derecho intervenir en la vida privada de los ciudadanos o buscar imponer un patrón particular de comportamiento.

No creemos que sea apropiado que la ley se preocupe por lo que un hombre hace en privado a menos que se demuestre que es tan contrario al bien público que la ley deba intervenir en su función de guardiana de ese bien público»¹³²⁶.

El Comité hace su recomendación más importante abogando para que:

¹³²³ WOLFENDEN report, op. cit., parágr. 1.

¹³²⁴ WOLFENDEN report, op. cit., parágr. 13.

¹³²⁵ WEEKS J., *Sex, Politics and Society. The Regulation of Sexuality since 1800*, op. cit., p. 312.

¹³²⁶ WOLFENDEN report, op. cit., párrs. 14 y 52.

«El comportamiento homosexual entre adultos que consientan en ello deje de constituir un delito utilizando para ello el argumento, que consideramos decisivo, de la importancia que la sociedad y el Derecho deben otorgar a la libertad de elección y acción individual en el ámbito de la moral privada. A menos que la sociedad, a través del Derecho, haga un intento deliberado de equiparar la esfera del delito con la del pecado, debe seguir existiendo una esfera de moralidad e inmoralidad privada que no es, hablando simple y llanamente, asunto del Derecho. Afirmar esto no implica ni excusar ni alentar la inmoralidad privada»¹³²⁷.

El Comité cita, con aprobación, el Informe del *Street Offences Committee*¹³²⁸ que establecía que «universalmente se acepta como proposición general la afirmación de que ni la moral privada ni las sanciones éticas son de incumbencia del Derecho»¹³²⁹. Puede observarse como el acento recae en la expresión de la moralidad *privada*. Con ello se está haciendo referencia a aquella moralidad que no resulta ni ofensiva ni injuriosa para un público general. Lo importante será por tanto delimitar el concepto de moralidad *privada*, campo de acción en el que el Derecho no debe intervenir. Según el Informe, ningún acto privado por inmoral que fuese debe ser considerado como delito, a menos que vaya acompañado de alguna característica que lo tipifique jurídicamente como tal, como la indecencia, la corrupción o la explotación. Esto se expone de manera clara cuando el Comité diferencia el concepto de “inmoralidad privada” del de “indecencia pública”:

«El ocuparse de la inmoralidad como tal no forma parte de las funciones del Derecho (...) debiendo éste limitarse a regular aquellas actividades que o bien atentan contra el orden público y la decencia o bien permiten que el ciudadano corriente se enfrente a situaciones ofensivas o injuriosas»¹³³⁰.

O lo que es lo mismo -en palabras del que fuera Primer Ministro de Canadá, Pierre Trudeau- que «no hay lugar para el Estado en los dormitorios de la nación» y que «lo que se hace en privado entre adultos no concierne al Código Penal»¹³³¹. El distinguir entre el comportamiento privado y el público le permitía al Comité Wolfenden limitar las condenas sólo al segundo. La ausencia de sanciones legales para los comportamientos homosexuales en privado no estaba relacionado con un abandono del Derecho de todas las demás áreas dónde dicho comportamiento sí fuera público. Las sanciones legales para la exhibición pública de la homosexualidad podrían mantenerse independientemente de

¹³²⁷ WOLFENDEN report, op. cit., párrs. 61-62.

¹³²⁸ *Street Offences*, Cmnd. 3231, 1928. El *Street Offences Committee*, bajo la presidencia de Hugh Macmillan, fue el precursor de la reflexión sobre si la prostitución ofende a la decencia y al buen orden.

¹³²⁹ WOLFENDEN report, op. cit., párr. 227.

¹³³⁰ WOLFENDEN report, op. cit., párr. 257.

¹³³¹ Palabras de Trudeau cuando defendió la despenalización de la homosexualidad a través de la *Omnibus Bill* en la *CBC News* el 21 de diciembre de 1967.

que se despenalizara el comportamiento que se hiciera en privado. En ningún caso el Comité aprobó la perturbación del orden público que pudiera ocasionar la homosexualidad cuando ésta tenía lugar en público; lo único que desaprobó fue la intervención del Derecho si la inmoralidad se cometía en privado:

«También es parte de la función de la ley preservar el orden público y la decencia. Por lo tanto, sostenemos que cuando el comportamiento homosexual entre hombres se lleva a cabo en público, debe seguir siendo tratado por la ley penal.

Nuestra intención es que la ley continúe considerando como un acto criminal un acto indecente cometido en un lugar donde la gente pueda verlo y ofenderse, pero donde no exista la posibilidad de que las ofensas lleguen a tener esta naturaleza para convertirse en delito, el asunto de la responsabilidad privada de las personas involucradas, en nuestra opinión, está fuera del ámbito adecuado de la ley penal»¹³³².

El Comité Wolfenden dejó bastante claro que la retirada del Derecho penal sobre determinadas conductas no podía confundirse con «tolerar o alentar la inmoralidad privada»¹³³³. Por ello, la relajación en la despenalización de la homosexualidad privada consentida no conllevaba ninguna relajación en la vigilancia de la conducta indebida que se hace en público:

«Es importante que la modificación limitada de la ley que proponemos no se interprete como una indicación de que la ley puede ser indiferente a otras formas de comportamiento homosexual, o como una licencia general para que los adultos homosexuales se comporten como les plazca»¹³³⁴.

Uno de los primeros en prestarse para realizar las entrevistas que fueran pertinentes durante las reuniones de la Comisión Wolfenden fue el periodista Peter Wildeblood, poco después de salir de la cárcel, ya que como él mismo confiesa en sus memorias «pensé que probablemente habría muy pocos hombres dispuestos a exponer el punto de vista de un homosexual confeso»¹³³⁵. El testimonio que prestó Wildeblood durante sus entrevistas hoy es evaluado de un modo controvertido, ya que sus defensores piensan que proclamó con valentía su homosexualidad y luchó por la causa de los derechos gais, mientras que sus detractores afean su modo afeminado y la manera egoísta con que intentó usar su proclama para intereses puramente personales¹³³⁶. Cuando fue

¹³³² WOLFENDEN report, op. cit., parágrs. 49 y 64.

¹³³³ WOLFENDEN report, op. cit., parágr. 61.

¹³³⁴ WOLFENDEN report, op. cit., parágr. 124.

¹³³⁵ WILDEBLOOD P., *Against the Law*, Phoenix, London, 1ª ed. 1955 y 2ª ed. 1999, pp. 173-174.

¹³³⁶ Para un relato anti-Wildeblood ver HIGGINS P., *Heterosexual Dictatorship: Male Homosexuality in Postwar Britain*, op. cit., pp. 40-41; sobre una versión pro-Wildeblood ver PARRIS M., “Preface to the 1999 edition”, en WILDEBLOOD P., *Against the Law*, op. cit., pp. v-viii.

interrogado como testigo durante las sesiones de Wolfenden afirmó que «la homosexualidad no era ni un crimen ni una enfermedad; que las tácticas policiales contra los presuntos homosexuales eran escandalosas; que las leyes contra el sexo homosexual en privado estaban lejos de ser letra muerta, como pudo atestiguar por la amarga experiencia personal; que la homosexualidad era ampliamente tolerada en prisión; y que los intentos de ‘curar’ eran ridículos»¹³³⁷.

La conclusión final del *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, publicada el 3 de septiembre de 1957, fue contundente:

«Recomendamos que las prácticas homosexuales en privado entre adultos que consienten dejen de considerarse un delito»¹³³⁸.

El Informe Wolfenden «fue, para su época, un pronunciamiento tan ilustrado y racional como se podría esperar del Establishment británico, y allanó el camino para todo lo que vino después: despenalización, liberalización queer, y la ola de reformas del siglo veintiuno que culminarían con el matrimonio gay»¹³³⁹. Su publicación causó mucha controversia, incluso en el propio seno del Comité. De hecho, el miembro James Adair, que había sido fiscal en Escocia, se sintió obligado a desvincularse de las recomendaciones, escribiendo una larga objeción a la totalidad del texto incluida al final del Informe. Adair expresó su preocupación por los «serios efectos de la legalización de la homosexualidad en todo el tejido moral de la vida social», y afirmó que «estando tan recientes las dos guerras mundiales (...) no es el momento para introducir la aprobación de la conducta homosexual»¹³⁴⁰. Las reservas formuladas por Adair resultarían cruciales para excluir a Escocia de la reforma legislativa cuando las recomendaciones del Informe Wolfenden se convirtieron en ley.

El primer debate parlamentario sobre el Informe Wolfenden se produjo tres meses después de su publicación. El 4 de diciembre de 1957 el laborista Frank Pakenham presentó en la Cámara de los Lores la propuesta de implementar las recomendaciones del Informe. De los diecisiete miembros del Parlamento que participaron en el debate, sólo ocho apoyaron la propuesta. En el primer debate de los Comunes sobre el Informe, el 26

¹³³⁷ LEWIS B., *Wolfenden's Witnesses: Homosexuality in Postwar Britain*, op. cit., p. 204.

¹³³⁸ WOLFENDEN report, op. cit., parágr. 355.

¹³³⁹ LEWIS B., *Wolfenden's Witnesses: Homosexuality in Postwar Britain*, op. cit., p. 9.

¹³⁴⁰ Las reservas al texto presentadas por James Adair se contienen en *The Wolfenden Report: Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, introd. Karl Menninger, Stein and Day, New York, 1963, pp. 192-200.

de noviembre de 1958, el Ministro del Interior, el conservador R.A. Butler, alertó: «De hecho, lo que los miembros del Comité deseaban era perturbar la ley, no concretamente para legalizar tales prácticas, sino directamente para eliminarlas, como el adulterio y otros pecados, del ámbito de la ley». Butler avisó que el gobierno no adoptaría las recomendaciones del Informe, ya que la homosexualidad era «un gran mal social» y que aún se requería «educación y tiempo» para persuadir a la gente de la lógica del Comité¹³⁴¹. También el Lord High Chancellor Kilmuir rechazó la propuesta presentada por la oposición y afirmó que «no seré yo quien pase a la historia por hacer legal la sodomía. No debe haber cambios tan prematuros en la ley contra el vicio. Se necesita estudiar más detenidamente el Informe»¹³⁴².

En 1958, ante la inactividad del Parlamento, se crea la *Homosexual Law Reform Society*, una organización integrada por políticos y empresarios, homosexuales o no, y presidida por el profesor A.J. Ayer, con el objetivo de hacer campaña a favor de que se llevaran a cabo las recomendaciones del Informe Wolfenden. Aunque su implementación parlamentaria tardó en llegar, el Informe ya había inculcado en la sociedad civil una serie de principios que fueron «simbólicamente significativos para las reformas legales de la década de 1960 y que constituyeron el marco para las principales transformaciones en materia de moralidad para el resto del siglo»¹³⁴³.

En marzo de 1962 el laborista M.P. Leo Abse propuso ante el Parlamento «poner en práctica algunas de las recomendaciones menos polémicas del Comité Wolfenden sin aceptar todavía que la conducta homosexual entre adultos que lo consienten fuera legal»¹³⁴⁴. Los miembros del Partido Conservador vieron esto como un intento de introducir una versión “diluida” de Wolfenden¹³⁴⁵. El tiempo asignado para el debate parlamentario se agotó, no hubo votación y la moción se suspendió. Nuevamente el 16 de abril de 1964 se presentó por un parlamentario ahora del Partido Conservador, Sir Thomas

¹³⁴¹ Se pueden consultar algunas intervenciones de los parlamentarios durante el debate del Informe Wolfenden hasta su implementación en la *Sexual Offences Act 1967* en ROBINSON L., *Gay Men and the Left in Post-War Britain: How the Personal Got Political*, Manchester University Press, Manchester, 2007, pp. 38-40; y en BROOKE S., *Sexual Politics, Family Planning, and the British Left from the 1880s to the Present Day*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 154-155 y 177-179.

¹³⁴² *The Times*, 5 de diciembre de 1957, p. 10.

¹³⁴³ WEEKS J., *Sex, Politics and Society. The Regulation of Sexuality since 1800*, op. cit., p. 307.

¹³⁴⁴ JEFFERY-POULTER S., *Peers, Queers and Commons: The Struggle for Gay Law Reform from 1950 to the Present*, Routledge, London, 1991, p. 53.

¹³⁴⁵ JEFFERY-POULTER S., *Peers, Queers and Commons: The Struggle for Gay Law Reform from 1950 to the Present*, op. cit., p. 54.

Moore, una moción solicitando al Gobierno que implementara las recomendaciones de Wolfenden. Tampoco atraerá el apoyo de ninguno de los lados.

El gobierno británico había dictado la *Street Offences Act 1959* para dar efecto a las recomendaciones del Comité Wolfenden que afectaban a la prostitución, pero no las referentes a la homosexualidad. Finalmente, Arthur Gore (Lord Arran), miembro del partido Liberal, escribió a más de 200 compañeros pidiéndoles su apoyo, que recibió debidamente. En una carta al *The Times* publicada el 11 de mayo de 1965, ocho obispos anunciaron que estaban a favor de las reformas de Wolfenden¹³⁴⁶.

Al día siguiente, el 12 de mayo de 1965, Lord Arran presentó su moción ante la Cámara de los Lores respaldada por los apoyos necesarios: “Llamar la atención sobre las recomendaciones del Comité Wolfenden sobre delitos homosexuales”. También intervino en la Cámara uno de los miembros que había formado parte del Comité Wolfenden, el Marqués de Lothian, que señalaba: «estoy seguro de que, sin excepción, en aquel momento tomamos la decisión correcta»¹³⁴⁷. El apoyo previsto hizo que la moción saliera adelante: 17 de los 22 oradores en el debate se mostraron a favor¹³⁴⁸. La votación se realizó el 24 de mayo y el proyecto de ley de Lord Arran (la *Sexual Offences Bill*) se aprobó por una mayoría de 94 a 49. La *Sexual Offences Bill* en sí misma era simple y consistía en una única cláusula: «Un acto homosexual en privado no será un delito, siempre que las partes consientan en ello y hayan cumplido 21 años»¹³⁴⁹.

El proyecto de ley avanzó lento en los próximos dos años. La actitud del Gobierno a lo largo de este período fue de absoluta pasividad. El proyecto de ley de Lord Arran tuvo su segunda lectura en una sesión nocturna de la Cámara de los Comunes el 19 de diciembre de 1966. Los opositores al proyecto de ley propusieron una serie de enmiendas y lograron retrasar de nuevo la aprobación del texto final.

El proyecto, tras superar las enmiendas de los Comunes, volvió a la Cámara de los Lores el 21 de julio de 1967. El proyecto de ley de Lord Arran recibió la Sanción Real el 27 de julio de 1967, cuando finalmente se convirtió en Ley, conocida como la *Sexual*

¹³⁴⁶ “Law on Homosexuals”, en *The Times*, 11 de Mayo de 1965, p. 13.

¹³⁴⁷ NICOLSON H., *Diaries and Letters*, vol. III: The Later Years 1945-1962, Atheneum, New York, 1968, p. 355.

¹³⁴⁸ JEFFERY-POULTER S., *Peers, Queers and Commons: The Struggle for Gay Law Reform from 1950 to the Present*, op. cit., p. 70.

¹³⁴⁹ *Sexual Offences Bill 1965*. El debate y aprobación de la *Sexual Offences Bill* puede leerse, con todas las intervenciones de los lores y su votación, en <https://api.parliament.uk/historic-hansard/lords/1965/may/24/sexual-offences-bill-hl-1> (consultado el 21 de julio de 2019).

Offences Act 1967. Había sido una década después de la publicación del Informe Wolfenden cuando sus recomendaciones sobre la despenalización de la homosexualidad se convirtieron en Ley. Se reemplazaba así la anterior regulación contenida en la *Offences Against the Person Act 1861*. La nueva Ley de 1967 era más larga que la cláusula original: la Cláusula 1 (1) afirmaba que “...un acto homosexual en privado no será un delito siempre que las partes lo consientan y hayan alcanzado la edad de veintiún años”. Hubo varias excepciones y condiciones, como la Cláusula 1 (2), que establecía que un acto no era “en privado” si hubiera más de dos personas presentes, o si tuviera lugar en un baño público. La Cláusula 2 estipulaba que los actos homosexuales en la Marina Mercante y en las Fuerzas Armadas seguían siendo delito. La Ley contemplaba otras infracciones, incluida la prostitución masculina. Su aplicación no se extendió a Escocia ni a Irlanda del Norte¹³⁵⁰.

Se cifró la edad en la que se entendía que se podía otorgar consentimiento válido para mantener relaciones homosexuales en los 21 años, cuando para los heterosexuales era de 16 años. Fue en 1994 cuando la edad para otorgar consentimiento válido por las personas gais se redujo a los 18 años (coincidiendo con la mayoría de edad legal). Y en 1999, a través de la *Sexual Offences (Amendment) Act 2000*, se redujo finalmente la edad de consentimiento para los homosexuales de dieciocho a dieciséis años, equiparándose con la edad establecida para toda relación sexual.

Al conocido psiquiatra Karl Menninger se le encargó la introducción a la edición que se hizo en 1963 del Informe Wolfenden en Estados Unidos. Menninger puso de relieve la importante labor que había desarrollado el Comité al saber aunar en un solo documento «los hechos científicos, el sentimiento de la comunidad, la sabiduría de los expertos legales y médicos, la estructura del Derecho y los ideales de cualquier sociedad civilizada»¹³⁵¹. Hasta la aparición del Informe Wolfenden, la mayoría de la población británica asumía la triple equivalencia entre lo que era para el Derecho un *crimen*, para la Iglesia un *pecado* y para la psiquiatría una *enfermedad*. Pero, como remarca Menninger, los límites de esta ecuación se empezaron a difuminar. Incluso el que era Arzobispo de Canterbury cuando se publicó el Informe, el Rvdo. Geoffrey Fisher, le pareció el

¹³⁵⁰ La homosexualidad no se despenalizó en Escocia hasta la aprobación de la *Criminal Justice (Scotland) Act* de 1980 y en Irlanda del Norte hasta la promulgación de la *Homosexual Offences (Northern Ireland) Order* de 1982.

¹³⁵¹ MENNINGER K., “Introducción” a *The Wolfenden Report: Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, Stein and Day, New York, 1963, p. 5.

documento realmente valioso «porque hace una clara distinción entre crimen y pecado. ‘Ciertamente, algunas cosas son pecados’, dijo él, ‘que no deben considerarse crímenes’. De hecho, desde muchos puntos de vista es mejor que no se consideraran crímenes»¹³⁵².

El proceso de reforma legal continúa hasta nuestros días. En la *Sexual Offences Act 2003* se hizo una revisión general de la materia que derogó todos los delitos de índole sexual sin perjuicio de tercero y eliminó del ordenamiento jurídico los términos *gross indecency* y *buggery*. El 31 de enero de 2017, la *Policing and Crimes Act 2017* recibió también la Sanción Real. En virtud de dicha Ley, el Parlamento británico absolvió a las personas que habían sido condenadas por delitos homosexuales que ahora ya estaban abolidos. La Ley de 2017, conocida como *Turing Law*, indultó aproximadamente a 50.000 homosexuales fallecidos, incluidos Alan Turing y Oscar Wilde.

También hasta la Alemania federal llegó la discusión en términos similares. En este caso, la polémica estuvo centrada alrededor del Proyecto, relativamente conservador, de 1962 de reforma penal (llamado “E 1962”), redactado por la Comisión Especial del Parlamento Federal y del Proyecto Alternativo (llamado “AE”) que presentaron, en 1966, catorce profesores alemanes y suizos. El 24 de octubre de 1970, el *Frankfurter Allgemeine Zeitung* (núm. 247) informaba acerca del debate del Consejo Federal con motivo del proyecto del Gobierno:

«Los oradores pertenecientes al Partido Social Demócrata señalaron, con diversa intensidad pero con total coincidencia, que el Derecho penal debía retirarse del ámbito en cuestión (delitos sexuales) ya que habría que negársele una ‘fuerza conformadora de la moral’. Solamente allí donde las acciones sexuales (...) afectan los derechos de otros o tienen efectos sociales perjudiciales puede darse la punibilidad. Por otra parte, el Secretario de Estado de Justicia de Baviera Bauer destacó que el legislador estatal también tiene el deber de proteger, dentro de determinados límites, la imagen y la dignidad del hombre y que no debería orientarse sólo, como lo hace el proyecto, unilateralmente, por el objetivo de asegurar la autodeterminación del individuo en el campo de la actividad sexual»¹³⁵³.

El profesor Günther Patzig indicó que se puede estar de acuerdo con la tesis que mantuvieron los socialdemócratas cuando señalaron que el ‘Derecho penal’ debía retirarse del ámbito de los delitos sexuales. Si, en cambio, se hubiera dicho que el ‘Estado’

¹³⁵² MENNINGER K., “Introducción” a *The Wolfenden Report: Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, op. cit., p. 6.

¹³⁵³ Sigo en este punto la exposición que se contiene en PATZIG G., *Ethik ohne metaphysik*, Vandenhoeck and Ruprecht, Gotinga, 1971. Cito por la traducción al castellano de Ernesto Garzón Valdés, *Ética sin metafísica*, Alfa, Argentina, 1975, p. 11.

debería retirarse de este campo y no preocuparse en absoluto por la vida y la moral privada del individuo, entonces -dijo Patzig- no se podría estar de acuerdo con ellos: en modo alguno se puede «liberar al Estado de la preocupación de un consenso moral y del cuidado de las normas morales». Oponerse a un Derecho penal moralista no es negar «al Estado toda corresponsabilidad por la base moral de la vida social de los ciudadanos»¹³⁵⁴.

¹³⁵⁴ PATZIG G., *Ética sin metafísica*, op. cit., p. 12.



CAPÍTULO SEXTO

El *pecado* del juez Devlin

A los dos años de aparecer el Informe Wolfenden, el distinguido juez Patrick Devlin pronunció ante la Academia Británica, el 18 de marzo de 1959, la segunda *Maccabean Lecture in Jurisprudence*¹³⁵⁵, recogida posteriormente en su obra *The Enforcement of Morals*¹³⁵⁶. En su intervención Devlin criticó el citado Informe defendiendo la tesis de que el Derecho debe castigar la inmoralidad, independientemente de su daño o perjuicio: la conducta que contraviene el código moral de una sociedad es condición suficiente para justificar su castigo a través del Derecho penal.

Como juez conservador Devlin defenderá el proceso penal como mecanismo propicio para hacer valer los sentimientos de indignación del hombre medio, del hombre de la calle. La acción del jurado y la sanción penal eran los instrumentos que tiene a su alcance toda sociedad para asegurar su estabilidad frente a los que intentan perturbar la convivencia con su conducta inmoral. En *Trial by jury*¹³⁵⁷ y en *The judge*¹³⁵⁸ Devlin ensalzará la figura del jurado y del juez inglés y como institutos idóneos para la defensa de la moral. En *The Enforcement of Morals* se mostrará claramente partidario de imponer jurídicamente la moralidad para el mantenimiento de la paz social.

1. ALGUNOS APUNTES BIOGRÁFICOS.

Patrick Arthur Devlin nació en Chislehurst, en el condado inglés de Kent, un 25 de noviembre de 1905. Su padre, William John Devlin, era un arquitecto católico irlandés y su madre, Frances (Fanny) Crombie, era una protestante escocesa de familia acomodada. En 1909 la familia se mudó a Aberdeen, la tierra natal de la madre. Fue el segundo hijo de cinco hermanos, tres chicos y dos chicas que, frente al protestantismo de la madre, fueron todos educados en el catolicismo. Las dos hermanas se hicieron monjas,

¹³⁵⁵ Las *Conferencias Macabeas* comenzaron a organizarse en 1956 bajo los auspicios de una sociedad de profesionales judíos, los Macabeos, que estaban interesados en que se discutieran diferentes cuestiones iusfilosóficas.

¹³⁵⁶ La conferencia fue publicada en *Proceeding of the British Academy*, vol. XLV. Posteriormente, se recoge en el capítulo primero, *Morals and the Criminal law*, de su libro *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, Reino Unido, 1965, pp. 1-25. Hubo reedición en 1968. El texto de la conferencia también se recogió en DWORKIN R. (ed.), *The Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1977, pp. 66-82 (hay traducción de Javier Sáinz de los Terreros, *La Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, 1ª ed. 1980 y 2ª. ed. 2014, pp. 160-190). Citaré esta conferencia, y el resto que componen el libro *The Enforcement of Morals*, por la traducción al castellano de Miguel Ángel Ramiro, Andrea Rodríguez Liboreiro y Marta Sosa, *La imposición de la moral*, Dykinson, Madrid, 2010.

¹³⁵⁷ DEVLIN P., *Trial by Jury*, Setevens and Sons Ltd., London, 1956.

¹³⁵⁸ DEVLIN P., *The judge*, Oxford University Press, Oxford, 1981.

su hermano Christopher se ordenó sacerdote jesuita y el otro, William, llegó a ser un famoso actor conocido por sus interpretaciones de Shakespeare¹³⁵⁹.

Fue al Stonyhurst College de los jesuitas en Lancashire, y después ingresó como novicio dominico. Su vocación sacerdotal solo duró un año, abandonando la orden e integrándose en el Christ's College de Cambridge en 1923. Estudió Historia y Derecho, graduándose en 1927. Se cuenta que en su juventud fue un gran jugador de squash y tenis y que poseía una excelente vinoteca¹³⁶⁰. Durante sus años en la Universidad llegó a presidir la *Cambridge Union*, que sería determinante para forjar su carácter conservador (téngase en cuenta que su primer mentor fue el historiador y político conservador Sir Geoffrey Butler; el segundo sería Sir William Jowitt, con quien después mantendrá una estrecha relación profesional). No fue un estudiante brillante. De hecho, su tío materno George Crombie, quien le ayudó económicamente durante sus años en Cambridge, recortó la manutención a su sobrino en reprimenda por las bajas calificaciones que obtenía (de £300 a £200 por año). Devlin llegó a confesar que durante sus estudios universitarios se sintió ofendido porque no se valoró su capacidad intelectual adecuadamente:

«¿Cómo se prepara uno para un examen? Ni tengo ahora idea ni la tenía en aquellos años. No tuve un objetivo claro. En el *Bar* en cambio uno sabe lo que tiene que hacer. Sabiendo que al día o a la semana siguiente tiene que realizar un discurso de apertura o interrogar a un testigo, uno no tiene problema alguno en asimilar todo el material que fuese necesario. Lo mismo me pasó cuando tenía que dictar una sentencia o una recapitulación. Encontraba mi trabajo interesante porque cada parte de material nuevo que entraba en el despacho o en la sala del juzgado, encontraba acomodo en el conjunto sistemático de un expediente, en el todo de una sentencia o, en su caso, permanecía como pieza separada a la espera de encontrar su lugar en el proceso. Si se trataba de un material inútil o irrelevante simplemente se olvidaba. Siempre pensé que ésta era una forma idónea de trabajar. Pero sobre esto no te adiestran en un examen en el que se te exige que en tres horas escribas sobre una serie de temas sobre los que no se te han informado previamente. La forma de examinar nunca es aplicable a la vida real, salvo para expertos distintos a los abogados en campos muy determinados. No creo que sea útil esta forma de evaluar en la educación universitaria. Si no fuera por esta ilusa manera de terminarla, la vida universitaria sería tan agradable como rentable. El aprendizaje viene de leer libros y discutirlos. A medida que se filtra el conocimiento, el nivel de

¹³⁵⁹ Hay una biografía de Christopher Devlin hecha por su hermana Madeleine en 1971. Patrick Devlin dejó tras su muerte sin publicar una autobiografía, que se encuentra bastante incompleta: *Taken and the Flood*. Sus biógrafos toman algunas referencias de este texto inédito, cuya parte más fiable y completa cubre el periodo de su infancia y juventud hasta finales de la década de los 30. Al parecer el propio Devlin había concebido su texto autobiográfico como una contribución que sirviera a los juristas juniors a preparar su ejercicio profesional cuando ingresaran en el Colegio de Abogados.

¹³⁶⁰ MORTON J., "Obituary: Lord Devlin", en *The Independent*, 11 de agosto de 1992.

agua sube lentamente en el pozo de la sabiduría hasta el punto en que uno puede sumergirse y beber felizmente. Pero el pozo no es como la joroba de la espalda de un camello. No es portátil ni viene endosado a nuestro cuerpo. Para beber feliz el alumno debe acudir a él»¹³⁶¹.

En 1927, ya en Londres, ingresa en el Gray's Inn para formarse como abogado (barrister). Supera el examen dos años más tarde y queda habilitado para el ejercicio profesional de la abogacía. Los primeros casos que llevó apenas destacaron, pero pronto se fijó en él el Fiscal General del Estado, Sir William Jowitt, que necesitaba urgentemente un abogado que le ayudara a tramitar la ingente cantidad de trabajo que tenía en su bufete. Jowitt vio en Devlin al *junior* idóneo dada su gran capacidad de trabajo.

Desde el despacho de Jowitt, ejerció la acusación pública en algunos de los casos criminales más famosos del momento. Devlin no dudaba en reconocer que le gustaba el tipo de trabajo que tenía en el despacho de William Jowitt en el que había hechos complicados para desenmarañar y cuestiones difíciles de Derecho que resolver¹³⁶². De esta manera, para finales de la década de 1930, Devlin se había convertido en un exitoso abogado mercantil de la mano del Fiscal General.

Durante la Segunda Guerra Mundial compatibilizó su cargo en el *Ministry of Supply* y el ejercicio profesional como abogado. En 1948, Sir Jowitt, ahora Presidente de la Cámara de los Lores (*Lord Chancellor*), le nombró juez del *King's Bench Division* un mes antes de su cuadragésimo tercer cumpleaños, convirtiéndose así en el nombramiento del juez más joven de la *High Court* en el siglo XX. Ese mismo año recibió la distinción de caballero (*Knight bachelor*) del sistema de honores británico. De 1956 a 1960 Lord Devlin fue el primer Presidente de la *Restrictive Practices Court*.

Nadie se esperó la rápida reputación que Devlin se forjó como juez de lo penal. Devlin llegó a ser conocido como un juez que no solo era capaz de dirigir un pesado juicio con absoluta autoridad y decisión, sino que también iba analizando los principios y conceptos legales que fueran aplicables con absoluta clarividencia. En el Tribunal Devlin «era una figura impresionante. La toga judicial le permitió ocultar un encorvamiento incipiente de su columna que se hizo muy pronunciado en su edad madura. Su voz y su

¹³⁶¹ HEUSTON R.F.V., "Patrick Arthur Devlin 1905-1992", en *Proceedings of the British Academy*, núm. 84, 1994, pp. 248-249.

¹³⁶² HEUSTON R.F.V., *Patrick Arthur Devlin 1905-1992*, op. cit., p. 249.

dicción eran admirables, claras y resonantes, aunque de tono un poco metálico»¹³⁶³. Era un hombre alto y «su cara parecía sugerir un gran poder intelectual, un gran autocontrol y, sin embargo, recuerda extrañamente a esos prelados de las pinturas de Francis Bacon atrapados en un grito silencioso de desesperación»¹³⁶⁴.

No tuvo una intensa vida social fuera de los tribunales. A pesar de ser una importante figura pública, bien considerada y con amistades en la élite de la judicatura inglesa, su vida privada se circunscribía exclusivamente a su entorno familiar. En 1932 se había casado con Madeleine Oppenheimer¹³⁶⁵, la joven hija del magnate del diamante Bernard Oppenheimer, con la que tuvo cuatro hijos y dos hijas gemelas.

Hay dos casos en la carrera judicial de Devlin que le reputaron fama como buen conocedor de la mente y psicología del delincuente. En Kemp¹³⁶⁶ sostuvo que las “enfermedades de la mente”, para defender un estado de locura como eximente, se refieren precisamente a la mente y no al cerebro. Es decir, a los factores mentales de las razones y la comprensión. Por lo tanto, la conducta inestable causada por esos factores (a diferencia de, por ejemplo, la conmoción), aunque sea temporal, puede estar dentro de la defensa. El resultado de este argumento es que el epiléptico y el sonámbulo pueden etiquetarse como “culpables pero locos”, y enviados a una cárcel psiquiátrica donde cumplan condena recibiendo tratamiento por su estado de salud mental. Pero ello no es impedimento para que reciban un veredicto como “culpables”. Lo son y, como tales, deben cumplir su condena en un centro psiquiátrico de alta seguridad.

El otro caso fue el del doctor John Bodkin Adams¹³⁶⁷, un médico de Eastbourne, que fue acusado de asesinar a dos pacientes (Edith Alice Morrell, una anciana viuda y Gertrude Hullett, una mujer de mediana edad cuyo marido había muerto cuatro meses antes que ella) por haberles practicado la eutanasia. Fue la causa más célebre del país en 1957. El Fiscal Reginald Manningham-Buller ejercía la acusación.

¹³⁶³ HEUSTON R.F.V., *Patrick Arthur Devlin 1905-1992*, op. cit., p. 250.

¹³⁶⁴ MORTON J., *Obituary: Lord Devlin*, op. cit.

¹³⁶⁵ En el obituario de su esposa en el diario *The Times* del 13 de abril de 2012 se lee: “Madeleine Devlin (1909-2012). Perteneciente a la dinastía del diamante sudafricano y esposa del distinguido juez Patrick Devlin, quien se convirtió en un afamado magistrado. Vivir 102 años, casada durante 60, con 6 hijos, 21 nietos y casi 40 bisnietos, es un logro en sí mismo. Madeleine Devlin era de hecho una matriarca, pero para todos sus descendientes y sus muchos amigos, ella era mucho más”.

¹³⁶⁶ Kemp [1957] 1. Q.B. 399.

¹³⁶⁷ Caso *Bland* [1993] 2 W.L.R.316. de la Cámara de los Lores. El caso data del 8 de abril de 1957.

Al doctor Adams se le imputaron cargos por asesinato. Para el juez Devlin, ningún médico, ni ningún otro hombre, ni en los casos de moribundos ni en pacientes sanos, tiene el derecho a cortar deliberadamente el hilo que les une con la vida. No se podía más que considerar que la inyección de una droga letal era un tipo de asesinato.

Adams finalmente, tras mucha controversia y debate público, resultó absuelto del caso de la paciente Morrel y se le suspendió la condena por el caso de Hullett.

Dos años después de la muerte de Adams, en 1985, Devlin publicó su libro *Easing the Passing* (editado por *Bodley Head*) en el que narraba el desarrollo pormenorizado del caso *Bodkin Adams*. El libro fue calificado como “el primer libro completo escrito por un juez sobre un juicio que él mismo presidió” y *The Times* lo describió como un “relato complejo, sutil y áspero del juicio”. Fue algo insólito que un juez publicara una descripción tan detallada de un caso del que había conocido en su ejercicio profesional. Algunos afearon que hiciera comentarios sobre datos estrictamente reservados al proceso y lo consideraron como una quiebra del deber de secreto y confidencialidad judicial¹³⁶⁸.

En 1960 Devlin fue designado como Juez del Tribunal de Apelación (*Lord Justice of the Court of Appeal*) y un año más tarde se convertiría en miembro de la Cámara de los Lores (*Law Lord*). Sorprendió a todos anunciado repentinamente su retiro el 10 de enero de 1964, tras cumplir 58 años y habiendo pasado solo 15 años y tres meses de su nombramiento como juez del *King's Bench Division*. Puede suponerse, sugiere Heuston, que «Devlin había notificado la renuncia que tenía ya prevista tan pronto como había completado los 15 años de servicio obligatorio para optar a la jubilación»¹³⁶⁹. Más de veinte años después el propio Devlin confesó: «Nunca fui feliz como juez de apelación. Ingresé en la Cámara de los Lores desde el Tribunal de Apelaciones pensando que sería mejor. Fue peor. Llevé varios casos interesantes. Pero la mayor parte del trabajo fue aburrido»¹³⁷⁰.

¹³⁶⁸ *The Times Literary Supplement* de 13 de diciembre de 1985. También aparecieron reseñas en tres ediciones de *The Field*: 31 de agosto, 12 de octubre y 2 de noviembre de 1985. Devlin respondió a sus críticos con un postscript (fechado en marzo de 1986) que apareció, de forma resumida, en la edición de *The Independent* del 30 de abril de 1987. Un balance de las críticas a Devlin, reagrupadas en torno a tres grandes cuestiones problemáticas que presentó el caso de Bodkin Adams sobre la eutanasia, aparece en HEUSTON R.F.V., *Patrick Arthur Devlin 1905-1992*, op. cit., pp. 252-254.

¹³⁶⁹ HEUSTON R.F.V., *Patrick Arthur Devlin 1905-1992*, op. cit., p. 254.

¹³⁷⁰ *The Times*, 11 de junio de 1985.

Se abrió una nueva etapa para Devlin a partir de enero de 1964. Se retiró a la casa de campo que tenía desde hace años en Pewsey, una pequeña localidad situada en el condado de Wiltshire. Hubo una ruptura con su pasado de juez y, frente a lo que se esperaba de un hombre que había alcanzado la cima de la carrera judicial, desapareció por completo de la escena pública. Cuando en un programa de televisión le preguntaron a qué iba a dedicar su tiempo una vez jubilado respondió: «a divertirme»¹³⁷¹. Centró sus intereses en la importante función que cumple la correcta relación entre el Derecho y la justicia en la formación de la opinión pública. Así lo atestiguan sus escritos y conferencias posteriores a la jubilación, que oscilan entre temas de Derecho y Filosofía moral y sobre el papel de los jueces y los jurados. También tuvo tiempo de escribir una biografía sobre el presidente estadounidense (de 1913 a 1921) Woodrow Wilson¹³⁷². En su obituario de *The Guardian* se lee: «En sus escritos y campañas se convirtió para el Derecho en lo que, en cierto modo, los jesuitas eran para Roma: una conciencia rigurosa»¹³⁷³.

Fue el primer presidente no periodista del Consejo de la Prensa, de 1964 a 1969, cuyo cargo no le reportó más que críticas. Además ejerció ocasionalmente como juez del tribunal de la Organización Internacional del Trabajo de 1964 a 1968. Fue nombrado Alto Administrador (*High Steward*) de la Universidad de Cambridge entre 1966 y 1991. Durante su gestión recomendó la creación -que aún hoy sigue vigente- del representante de los estudiantes como figura incorporada a los órganos universitarios.

Devlin murió en Pewsey, el 9 de agosto de 1992, tres meses antes de cumplir 87 años. Su funeral se celebró en la capilla de *St. James's Spanish Place*. Algunos años atrás, Robert Stevens, autor de un importante libro sobre la Cámara de los Lores, había escrito sobre él: «fue un hombre y un juez muy complejo (...), una figura mística»¹³⁷⁴.

2. EL PAPEL DE LOS JUECES EN LA DEFENSA DE LA MORALIDAD.

La situación político-penal de la Inglaterra de mediados de los años 70 había llegado a ser verdaderamente tensa. Los crímenes seguían aumentando a pesar de la

¹³⁷¹ WATKINS A., "The judge who retired unhurt", en *The Spectator*, 12 de abril de 1997.

¹³⁷² DEVLIN P., *Too Proud to Fight: Woodrow Wilsons Neutrality*, Oxford University Press, Oxford, 1975.

¹³⁷³ *The Guardian*, 11 de agosto de 1992.

¹³⁷⁴ STEVENS R., *Law and Politics. The House of Lords as a judicial body 1800-1976*, University of North Carolina Press, 1978.

“humanización” del código penal mediante reformas tendentes a eliminar los excesos de duración y crueldad de las penas. Las cárceles se hallaban masificadas y apenas se alcanzaba la reinserción de los delincuentes en la sociedad. Desde la filosofía penal se habían hecho algunas recomendaciones para la mejora del sistema punitivo y desde la psicología criminal se habían propuestos algunos tratamientos de psicoanálisis para estudiar las patologías que llevan al delincuente a la comisión de delitos. Eran medidas que requerían que los jueces recibieran un curso de formación para que las asimilaran en su práctica profesional. Y así lo anunció el verano de 1975 el Ministro de Interior británico¹³⁷⁵. Devlin, que había sido un juez sensible a esta problemática, sin embargo desde el comienzo se opuso a los cursos. Alegaba que el pensamiento del juez no se puede moldear a través de estudios y estadísticas. El juez debe atenerse al contexto en el que desplegará efectos su sentencia y ser portavoz del sentir social para dejarlo plasmado en su veredicto¹³⁷⁶.

Lo que le preocupa al ciudadano de a pie es «que, en su caso particular, debería tener lo que él cree que es un juicio justo, una audiencia cortés y una decisión que demuestre que el juez se ha ocupado y esforzado. Y esa es la función del juez de primera instancia». A diferencia de los jueces de Apelación y de Tribunales superiores, «es el juez de primera instancia quien está a cargo del mantenimiento de todo el entramado. Y son los jueces silenciosos de nuestro sistema judicial». Son los «guardianes» de la aplicación de la ley, y esa tarea «me parece de suma importancia». El propio Devlin reconoce que los nueve años en los que ejerció como juez de primera instancia fueron «los más felices de mi vida porque sentí que esa tarea es de una inmensa satisfacción. No quiero decir que no sea completamente consciente de mis propios defectos»¹³⁷⁷.

The judge es un conjunto de conferencias pronunciadas por Patrick Devlin entre 1975 y 1978, ordenadas cronológicamente (por fecha de su lectura, según el índice) y compiladas para esta publicación por recoger todas ellas «diferentes aspectos sobre un mismo asunto, el juez inglés»¹³⁷⁸. Entre los temas abordados por Devlin en *The judge* se

¹³⁷⁵ *The Times*, 22 de julio de 1975.

¹³⁷⁶ Un estudio contemporáneo sobre la formación de jueces, ética judicial y deontología del juez, puede leerse en GARCÍA PASCUAL C. (coord.), *El buen jurista. Deontología del Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. En especial, la primera parte, que incluye cuatro capítulos, se dedica al estudio de la judicatura.

¹³⁷⁷ DEVLIN P., “The Trial Judge: Guardian of the Law”, en *American Bar Association Journal*, vol. 44, agosto 1958, p. 760-761.

¹³⁷⁸ DEVLIN P., *The judge*, op. cit., p. vii.

encuentra la función del juez en el desarrollo de la ley, su deber de dictar sentencia, las insuficiencias de los cursos de formación y capacitación de jueces, el sistema de investigación e instrucción del proceso, la importante función del jurado, el papel del precedente judicial y el sistema de apelación.

Desde el inicio Lord Devlin rápidamente se apresura en dejar claro que su intención es estudiar «el lugar del juez en la vida política del país»¹³⁷⁹. El hilo conductor que vertebra todo el libro es una apasionada defensa del juez como hombre común.

El juez no tiene que ser un erudito sobre psicología de los criminales, debe ser un hombre de la calle, «un no-experto, un no-especialista, el expositor del sentido común, el sustituto del jurado»¹³⁸⁰. Seguramente el juez tenga un salario más alto que el hombre medio, también ha estudiado durante más años y su remuneración debe estar acorde a su inteligencia y responsabilidad. Pero el juez no vive aislado ni separado del resto de ciudadanos que no participan de la administración de justicia, el juez es uno más, convive con el hombre de la calle, sabe y comparte sus problemas con el resto de la sociedad. Los jueces llevan el tipo de vida que «muestra cualquier otra persona reconocida socialmente, como políticos, editores, escritores de todo tipo y muchos tipos de empresarios, cuyo trabajo es saber qué piensa la gente común y cómo reaccionarán. Este conocimiento se obtiene de manera instintiva y no depende de si un hombre vive en un palacio o en una residencia oficial del Estado»¹³⁸¹.

El juez no debe ser una persona arrogante, lo que le convertiría en un mal juez¹³⁸². No tiene una capacidad especial para enjuiciar más allá de lo que el hombre de la calle también ve y siente. Lo que sí le ha permitido su formación en Derecho es desarrollar una habilidad para plasmar en una sentencia ese sentimiento. Pero tanto el hombre de la calle como el juez saben detectar por igual qué es aquello que está perturbando la tranquilidad de los ciudadanos. El juez sabe aceptar las críticas que le remitan sus superiores y las afronta con serenidad. No es altivo ni tiene prejuicios. Su estilo no es ampuloso, es cercano al hombre medio.

¹³⁷⁹ DEVLIN P., *The judge*, op. cit., p. vii.

¹³⁸⁰ DEVLIN P., *The judge*, op. cit., p. viii.

¹³⁸¹ DEVLIN P., *The judge*, op. cit., p. 23.

¹³⁸² DEVLIN P., *The judge*, op. cit., p. 3.

El juez no es más que un hombre común que aplica el sentido común. Pero, como señalaba en una reseña al libro *The judge* el profesor Michael McConville, «el sentido común puede proporcionar respuestas; pero la ley tiene que ver con explicaciones. El sentido común se acepta sin necesidad de probarlo; pero el Derecho tiene que ser capaz de una exposición y defensa racionales. El sentido común es parroquiano e idiosincrásico; la ley une casos particulares para formar generalidades que se esfuerzan por ordenar lo aparentemente aleatorio. El sentido común es puramente instintivo; y la ley sólo puede incorporar el instinto después de lo que ya haya quedado probado tras la investigación. El sentido común es un prejuicio; y la ley debe aspirar a cosas más elevadas que el mero prejuicio»¹³⁸³.

Ligar la figura del juez con el hombre común y el sentido común no es algo problemático para Devlin. Como el libro nacía de su preocupación ante los cursos de formación a jueces que se iban a impartir desde el Ministerio del Interior, él pensó que es imposible entrenar, formar o capacitar lo que no es más que el sentido común. Quién crea que el sentido común es moldeable a través de un curso incurre en tres suposiciones erróneas, señala Devlin: que para reflejar las opiniones del hombre común es necesario llevar la vida de un hombre común; que la mentalidad del juez no cambia generación tras generación; y que quienes critican el sistema son los mejores conocedores del mismo.

Nada de esto ocurre en la realidad. A la primera objeción Devlin responde que los jueces y abogados pueden ser hombres comunes que no tienen por qué tener trabajos vulgares. Son ciudadanos medios, pero no mediocres. Su trabajo está mejor remunerado que otros, son capaces de ponerse en el lugar del hombre del autobús de Clapham sin tener que ser conductor de autobús. Jueces y abogados tienen la oportunidad de ver día tras día al hombre común en acción y esto les permite reflejar adecuadamente las opiniones de los ciudadanos.

Cabría reprochar a Devlin dos objeciones. Por un lado, hay una gran diferencia entre vivir la vida del hombre del autobús de Clapham y conocer su experiencia. Es la diferencia entre escuchar la vida del ciudadano medio desde la tribuna o ser el mismo ciudadano medio sentado en el banquillo. Hay diferencias significativas. Como hay «una gran diferencia entre estar en prisión e ir un día de visita». Por otro, no hay razón para

¹³⁸³ McCONVILLE M., “The judge as uncommon man”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 111, 1981, p. 113.

suponer que «las personas actúan como hombres comunes en situaciones que realmente están dirigidas por abogados. De hecho, cuando alguien intenta comportarse como un hombre común, como a veces sucede en los tribunales, todo el mundo sabe que los abogados les instruyen y asesoran sobre su comportamiento¹³⁸⁴. El carácter natural y espontáneo del hombre medio ante los tribunales, tan admirable para Devlin, nunca ocurre y siempre se encuentra mediado por la figura del abogado.

La segunda suposición errónea que achaca Devlin a aquellos que pretenden formar a los jueces ingleses a través de cursos de capacitación es pensar que la mentalidad de éstos es algo estático que pueda contenerse en un manual. Si los jueces son hombres comunes que aplican el sentido común, éste igualmente va cambiando. Devlin se esfuerza por mostrar que la opinión que comparte un juez es la del pueblo, no la de una versión oficial. Si la formación de los jueces va a correr a cargo del Ministerio, nadie creerá que este curso está libre de sesgos y adoctrinamiento. El gobierno no es el competente para transmitir las opiniones del pueblo, ya que intentará transmitir las suyas propias tratando de promover entre los jueces opiniones que favorezcan a los asuntos del Estado. Además, si el gobierno asume la formación de los jueces tampoco se sabe muy bien qué materias son las que debe impartir. Parecería que los nuevos avances en criminología deberían ser el objeto de la formación. Pero esta materia aún se halla en fase experimental y apenas está arrojando los resultados esperados: los crímenes siguen subiendo. No está claro que un curso que verse sobre estos nuevos métodos sea el idóneo para formar a los jueces ingleses.

La formación de los jueces debe ser «eminentemente práctica»¹³⁸⁵. Si queremos formar a jueces es porque estamos suponiendo de entrada, señala Devlin, «que hay una forma correcta e incorrecta de hacer las cosas y el propósito de toda formación será instruir al alumno en la manera correcta»¹³⁸⁶. Desde esta premisa ataca Devlin la posibilidad de instruir al juez en esta “manera correcta”, porque en un campo tan controvertido como el Derecho penal no hay respuestas correctas e incorrectas.

El riesgo de este enfoque de Devlin es que implica que toda formación teórica que reciben los jueces, incluso en sus estudios en la Universidad, es adoctrinante. Si así fuera,

¹³⁸⁴ McCONVILLE M., *The judge as uncommon man*, op. cit., p. 114.

¹³⁸⁵ DEVLIN P., *The judge*, op. cit., p. 74.

¹³⁸⁶ DEVLIN P., *The judge*, op. cit., p. 44.

«áreas enteras de nuestra *Jurisprudence* serían eliminadas de cualquier programa de estudios». Lo que critica McConville a Devlin es la imagen tan estática que éste tiene de la educación, cómo si lo único que se pudiera enseñar son aquellos saberes que están fuera de toda duda: «La educación no consiste en enseñar certezas, predicar dogmas o recibir sabiduría, aunque ocasionalmente puede referirse a cosas que sean indiscutibles; se ocupa de las posibilidades, los principios, la creación de conciencias inquietas y de estimular la imaginación»¹³⁸⁷. Sobre esa base de la educación, es ya luego posible edificar los saberes. De lo que se tiene que encargar la formación de los jueces no es de transmitirles un conocimiento inamovible, sino de proporcionarles las herramientas necesarias para poner en duda sus razonamientos. Lo importante es examinar y debatir alternativas, discutir las conclusiones, no dar nada por sentado, contrastar opiniones y, a partir de ahí, surge el conocimiento.

La tercera suposición que trata de rebatir Devlin es la de pensar que los críticos del sistema son quienes mejor conocen la judicatura inglesa. Quienes critican el sistema judicial son en verdad, señala Devlin, «intelectuales progresistas»¹³⁸⁸ que tienen un conocimiento solamente superficial de cómo funciona la magistratura. En cambio, si uno escucha la opinión de la ciudadanía podrá comprobar que la figura del juez no recibe apenas reproches. Todo lo contrario, «el sistema judicial inglés es considerado como una institución nacional popular, como la marina, y goza de gran admiración y respeto»¹³⁸⁹.

El juez debe forjar un criterio sólido, con aplomo y serenidad, fruto de sus estudios y de la reflexión pausada del caso que tiene ante sí. Sin apasionamientos y con la cabeza fría. La peluca y la toga no le alejan del hombre de la calle. La decisión del juez es el producto de una mente inteligente que ha sido entrenada para ello¹³⁹⁰. La ventaja de los jueces y abogados es que son «los únicos que tienen la oportunidad de ver al hombre común en acción una y otra vez, no de manera general sino en relación con aquellos asuntos en los que la ley les concierne»¹³⁹¹. Eso entrena al juez en un tipo de conocimiento y percepción que le está vedada al hombre de la calle. El juez, aun como poseedor de esta facultad para resolver los problemas jurídicos, es uno más del común de los ciudadanos,

¹³⁸⁷ McCONVILLE M., *The judge as uncommon man*, op. cit., p. 115.

¹³⁸⁸ DEVLIN P., *The judge*, op. cit., p. 25.

¹³⁸⁹ DEVLIN P., *The judge*, op. cit., p. 25.

¹³⁹⁰ DEVLIN P., *The judge*, op. cit., p. 22.

¹³⁹¹ DEVLIN P., *The judge*, op. cit., p. 23.

que por su formación ha quedado dotado de una inteligencia apropiada para dirimir sobre lo que también podría haber visto cualquier ciudadano medio.

Después de estos esfuerzos por equiparar al juez con el hombre de la calle, Devlin se ocupará del tema del activismo judicial. Su rechazo de tal actividad se basa en el desconocimiento del consenso que existe sobre determinados temas. Un consenso que sería quebrado por la función creativa de jueces que no respetan el sentido común compartido por una comunidad. El juez que va más allá del consenso que recoge el Derecho sobre un determinado tema está «tomando partido y, si un juez toma partido en cuestiones como la homosexualidad y la pena capital, pierde la apariencia de imparcialidad». Habrá jueces que atraviesen la línea del consenso y otros que no lo hagan, y el resultado de todo ello es que «la ley sufrirá una grave pérdida de claridad y coherencia»¹³⁹².

Devlin rastrea los falsos motivos que han llevado a los defensores del activismo judicial a «atribuir una función creativa del juez demasiado exagerada para luego culparle por no haber cumplido su función primordial. El primer factor es el supuesto papel histórico del poder judicial como legislador. El segundo es el brillante ejemplo del Tribunal Supremo de los Estados Unidos como creador de Derecho. El tercero es una confusión entre la justicia social y la personal»¹³⁹³. Devlin analiza cada una de estas tres causas porque entiende que contravienen la forma tradicional del Derecho inglés (distinto al estadounidense) y se opone a ese activismo porque atribuye a los jueces un poder desorbitado para crear Derecho independientemente de la existencia o no de consenso:

«Me opongo firmemente a la creatividad o al dinamismo judicial tal como lo he definido, es decir, de las operaciones judiciales más allá del consenso. El límite del consenso no es una línea claramente marcada, pero me sirve para argumentar que si un juez tuviera dudas de estar contraviniendo el consenso imperante en una materia no debería avanzar más allá en absoluto (...). El consenso expresa el mandato general para la elaboración de leyes judiciales»¹³⁹⁴.

Para determinar el alcance que tiene el consenso y situar esa línea que impide traspasarlo, es necesario distinguir entre el *statute law* (derecho legislativo) y el *common law* (derecho consuetudinario). El primero no deja ningún margen para la creación de

¹³⁹² DEVLIN P., *The judge*, op. cit., p. 5.

¹³⁹³ DEVLIN P., *The judge*, op. cit., p. 6.

¹³⁹⁴ DEVLIN P., *The judge*, op. cit., p. 9.

Derecho. Cuando los jueces aplican el *statute law* sólo les incumbe «el deber de interpretarlo y aplicarlo y no obstruirlo»¹³⁹⁵. Ello no quiere decir, matiza Devlin, que «una interpretación literal no requiera tener en cuenta su propósito manifiesto»¹³⁹⁶. Se puede mantener el respeto por la interpretación literal de las palabras de la ley sin desvirtuar el propósito que persiguió el Parlamento cuando promulgó la norma. Cuando la aplicación literal y el consenso que presidió la promulgación de la norma coinciden, no hay espacio para la creación judicial. Cuando el juez aplica el *statute law* está aplicando, a su vez, el consenso imperante sobre esa materia. Si, por el contrario, el juez tiene ante sí una situación controvertida en la que la creación judicial supondría ir más allá del consenso que alumbró la promulgación de la ley en el Parlamento, debe detener ahí su actuación. Las normas que no son fruto de consensos fuertes, el juez debe aplicarlas tal cual, sin creación o innovación alguna. El juez no puede ir más allá del consenso que hubo en el Parlamento. Pues es de esperar que sobre normas controvertidas el consenso alcanzado haya sido débil y el único posible. Por tanto, lo que un amplio consenso no logra en el Parlamento mejor que no lo intente ganar el juez en el estrado, a riesgo de romper incluso el frágil acuerdo mínimo que sostiene el asunto.

Ello podría observarse en que «las ideas sobre el comportamiento sexual han cambiado recientemente con una rapidez anormal y el Derecho está bastante fuera de contacto de las nuevas realidades. Es poco probable que el Parlamento alcance un consenso unánime sobre el tema. Muchas personas desearían la aplicación de las leyes en contra de la prostitución y la promiscuidad. Algunas personas también consideran que la convivencia fuera del matrimonio es socialmente indeseable (...). Quizás estos temas no deberían ser objeto de activismo judicial»¹³⁹⁷. Cuando haya un consenso claro sobre el tema, debe ser el Parlamento el que lo materialice en una nueva ley, pero no se puede pretender la modernización del Derecho a través de jueces intrépidos y entusiastas que ignoran el consenso necesario que debe presidir la legislación de cualquier país.

Devlin se hace eco de las objeciones tradicionales que se han utilizado para oponerse al activismo judicial. Por un lado, es antidemocrático porque los jueces no representan al pueblo en el Parlamento para elaborar las leyes. Si los jueces se arrogan esa facultad, estarían burlando el poder del pueblo manifestado en la elección de sus

¹³⁹⁵ DEVLIN P., *The judge*, op. cit., p. 14.

¹³⁹⁶ DEVLIN P., *The judge*, op. cit., p. 14.

¹³⁹⁷ DEVLIN P., *The judge*, op. cit., p. 13.

representantes en el Parlamento para que elaboren las leyes. Es una injerencia grave del poder judicial en el legislativo¹³⁹⁸. Además de incurrir en una retroactividad intolerable: cambiar la ley que debe ordenar un caso con posterioridad al inicio del proceso es algo prohibido¹³⁹⁹.

Pero tampoco cabe exagerar esta prohibición de la retroactividad. Porque de lo contrario la ley sería algo inmóvil e inútil que no podría aplicarse al caso concreto. En los supuestos en los que el juez adapta la ley a los elementos del caso concreto, no estamos ante una auténtica creación judicial que vulnera la retroactividad. El juez no está creando Derecho, simplemente está aplicando el ya existente al caso concreto. Ello ocurre siempre que el juez tiene ante sí un caso difícil en el que se hace más evidente su esfuerzo de dar forma al Derecho para adaptarlo al caso: «Si un juez tiene que introducir un cambio en la ley, rara vez estaremos ante un cielo azul. Los rumores del Olimpo en forma de *obiter dicta* darán aviso del clima inestable. El clima inestable, por supuesto, está obligado a causar incertidumbre, pero eso inevitablemente precede a la solución de todas las cuestiones difíciles del Derecho»¹⁴⁰⁰.

El activismo judicial opera de modo distinto sobre el *common law*. Este Derecho no funciona como un bloque unitario. Si una parte del *common law* es legislada por el Parlamento, ese *common law* ya es *statute law* y funciona al modo de éste; lo que equivale a decir que sobre ese *common law* ya no cabe la creación judicial, pues esa actividad ha quedado limitada por el consenso parlamentario que ha legislado la materia. En cambio sobre aquella parte del *common law* sobre la que no ha habido un consenso claro y fuerte que haya originado la elaboración de una norma, «existe una aprobación general para la creación judicial del Derecho»¹⁴⁰¹. Esta aprobación de la creación del Derecho por parte de los jueces es informal y permite que «los jueces incorporen en su trabajo la creación de leyes bajo dos condiciones: primero, que lo hagan manteniendo una forma tradicional, es decir, que sea conforme al precedente, y segundo, que la interferencia parlamentaria

¹³⁹⁸ DEVLIN P., *The judge*, op. cit., p. 10.

¹³⁹⁹ DEVLIN P., *The judge*, op. cit., p. 11.

¹⁴⁰⁰ DEVLIN P., *The judge*, op. cit., p. 11.

¹⁴⁰¹ DEVLIN P., *The judge*, op. cit., p. 10.

sea considerada como no objetable»¹⁴⁰². Si se cumplen ambas premisas, «el desarrollo judicial del *common law* no está sólo permitido, sino que es esperable»¹⁴⁰³.

3. EL PAPEL DEL JURADO EN LA DEFENSA DE LA MORALIDAD.

El capítulo quinto del libro *The Judge* lleva por título *The Judge and the Jury*¹⁴⁰⁴. En él Devlin pasa revista a la historia del jurado como institución fundamental del sistema judicial inglés, además de ensalzar su valor en el proceso penal y mostrar las tensiones de las relaciones entre el juez y el jurado cuando tienen que conjugarse en un determinado caso.

El jurado es una parte insustituible de la administración de justicia, «sigue siendo el instrumento indispensable del juicio penal»¹⁴⁰⁵. Fue una institución creada por los propios jueces para servirse de su apoyo en la instrucción de los juicios. Pero ahora se han convertido en una figura autónoma y tienen independencia con respecto al parecer del juez. Devlin señala que «ha habido varios relatos acerca del origen del jurado y de la forma en que los jueces lo configuraron para sus propósitos». Sin embargo, ninguna de esas historias explica de manera convincente «cómo llegaron los jueces a permitir que un cuerpo que instituyeron con el propósito de proporcionarles los hechos acabaran convirtiéndose en los juzgadores de dichos hechos»¹⁴⁰⁶.

La historia del jurado tal y como lo conocemos hoy es compleja y no lineal. Ha habido momentos en la historia del derecho procesal inglés, y casos concretos en particulares, en los que el jurado se ha mantenido fiel a las directrices del presidente de la sala. Y otras situaciones en las que el jurado ha absuelto a un condenado contra el parecer del juez. Parece que el jurado puede pensar y decidir por sí mismo, más allá de las atribuciones que el juez le confiera. Lo que sí está claro es que los asuntos sobre los que está llamado a conocer el jurado son aquellos en los que se presenta como necesario un parecer más relacionado con la conciencia o la moralidad que con la técnica jurídica.

¹⁴⁰² DEVLIN P., *The judge*, op. cit., p. 9.

¹⁴⁰³ DEVLIN P., *The judge*, op. cit., p. 10.

¹⁴⁰⁴ Este capítulo, compuesto por dos conferencias de 1978, puede considerarse una actualización de su anterior obra DEVLIN P., *Trial by Jury*, op. cit.

¹⁴⁰⁵ DEVLIN P., *The judge*, op. cit., p. 23.

¹⁴⁰⁶ DEVLIN P., *The judge*, op. cit., p. 117.

O dicho en otras palabras, cuando la ley reserva al jurado su presencia en la sala está buscando que se haga presente en un veredicto la conciencia de sus miembros en detrimento del Derecho que aplicaría el juez en una sentencia.

Devlin asegura que lo que mantiene fuerte y saludable a la institución del jurado es el papel que éste cumple en un Estado de Derecho. De ahí procede su vitalidad y actualidad. A pesar del paso de los años, si la institución del jurado sigue indemne pese a los ataques recibidos por sus detractores es por condensar, en su propia concepción, la grandeza de la democracia. En los países democráticos, la ley emana de la voluntad del pueblo y se obedece no por el miedo a la sanción, sino por la legitimidad de dónde ella procede. Pero tan importante es el marco dónde se origina la ley como su aplicación:

«Y es el jurado el medio por el cual las personas participan directamente en la aplicación de la ley. Es la parte en la que contribuyen más activamente a impartir justicia. La relación entre el juez y el jurado, lenta y cuidadosamente fraguada durante varios cientos de años, asegura que el veredicto no sea algo demagógico; no sea la simple reacción popular desinhibida. Pero también asegura que la ley no se aplique de una manera que ofenda la conciencia del hombre común. Constitucionalmente, es un logro invaluable que el consentimiento popular esté no sólo en la creación sino también en la aplicación de la ley. Ello es una de las causas más importantes de nuestra estabilidad política»¹⁴⁰⁷.

Todos los jueces, afirma Devlin, aceptan el juicio por jurado como parte del orden establecido del sistema judicial. Pero es verdaderamente probable que algunos jueces sientan especialmente ofendida su propia valía cuando un grupo de amateurs les rebate un juicio o discrepan con su parecer. Si consideramos cómo se celebra un veredicto, podremos comprobar las dificultades que entraña: «El proceso requiere, primero, que todas las diversas pruebas orales sean aceptadas o rechazadas; segundo, que todas las inferencias debidas se extraigan de las pruebas aceptadas; tercero, que los dos elementos anteriores sean conjugados y evaluados»¹⁴⁰⁸. ¿Hay alguna posibilidad de que esta compleja tarea la cumpla correctamente un grupo de ciudadanos sin formación ni técnica jurídica? Quizás no tengamos ningún indicio para pensar que el veredicto del jurado sea mejor que la sentencia del juez, pero es precisamente la democracia la que pone a impartir justicia a los hombres de cuya voluntad ella misma emana.

¹⁴⁰⁷ DEVLIN P., *The judge*, op. cit., p. 127.

¹⁴⁰⁸ DEVLIN P., *The judge*, op. cit., p. 128.

Siempre ocurre que unos jueces mantienen una línea más progresista que otros. En términos generales, siempre hay dos escuelas de pensamiento que operan en cualquier sector de nuestras instituciones democráticas. Hay funcionarios y políticos, señala Devlin, para los que las cuestiones parlamentarias son asuntos exclusivos de la clase política; otros, en cambio, dan la bienvenida a la entrada y participación del pueblo en la burocracia. Hay políticos y funcionarios que piensan que la libertad de prensa es una cruz demasiado pesada con la que cargar; otros la ven como positivamente valiosa. Y nunca hay una división clara entre las escuelas: los discípulos de una u otra no se ponen de pie para ser contados; simplemente hay una tendencia a adoptar una actitud en lugar de la otra. Y sobre el jurado ocurre exactamente lo mismo: «hay dos escuelas de jueces. Los jueces que consideran al jurado como un instrumento bajo su mando; y en la otra escuela están los jueces que lo reconocen como un poder independiente»¹⁴⁰⁹. Algunos jueces verán las actividades del jurado con desaprobación, pero generalmente es una institución aceptada y se asume, como los electores con sus políticos, que a veces puede sufrir desviaciones e imperfecciones. Las dos escuelas se caracterizan, en resumen, por su «diferencia entre aceptar el poder del jurado porque no les queda más remedio y los jueces que aceptan dicho poder porque creen que, ejercido de forma equilibrada, es algo bueno»¹⁴¹⁰.

El núcleo de la diferencia entre las dos escuelas, señala Devlin, está en la actitud hacia lo que se llama la “perversidad” de la institución. La perversidad del jurado se basaría en el hecho de «poner la conciencia por encima de la ley»¹⁴¹¹. Ver esto como algo bueno o malo es lo que identifica a cada escuela.

La escuela que encuentra como negativo el hecho de que el jurado acostumbre a poner el punto de vista de su conciencia por encima de la ley juzga el problema reconociendo la superioridad del juez. Un juez, como buen profesional, «no está tan preocupado por su conciencia como puede estarlo un jurado. El juez puede darse cuenta de los problemas que le plantearía su conciencia en un determinado caso y decidir apartarse. Es un profesional cuya profesión le ha enseñado que la conformidad con el principio moral es la piedra de toque de la justicia, un sacerdote acostumbrado a colocar sobre el altar las ofrendas de su sacrificio en un caso difícil. El jurado es un aficionado

¹⁴⁰⁹ DEVLIN P., *The judge*, op. cit., p. 128.

¹⁴¹⁰ DEVLIN P., *The judge*, op. cit., p. 129.

¹⁴¹¹ DEVLIN P., *The judge*, op. cit., p. 129.

sacado de las calles. Su conciencia puede ser fácilmente perturbada por las consecuencias de su veredicto»¹⁴¹². Además, el hombre del jurado puede verse obligado inesperadamente a participar en la aplicación de una ley que «de la que tal vez nunca haya tenido conocimiento, pero que cuando la tiene que aplicar le resulta repugnante. Sería bastante irrazonable pedirle a un jurado que deje su conciencia atrás cuando sube al estrado»¹⁴¹³. Porque lo que precisamente se le pide al jurado es que opere de ese determinado modo: lo que se está buscando es que entre en la sala del juicio la opinión del hombre de la calle. Que el jurado tenga el poder de ejercer su atribución en estos términos «es una de las garantías de nuestra libertad. Si la garantía fue necesaria durante tres siglos de nuestra vida política puede ser que siga siendo necesaria actualmente»¹⁴¹⁴.

La “perversidad” además tiene otra consecuencia nefasta. Y se produce cuando los jurados llegan a conclusiones que los jueces consideran no simplemente erróneas sino irrazonables. En el proceso penal, si el jurado pensara condenar a un inocente, los jueces intentarían cambiar la opinión del jurado antes de que se materialice en su veredicto. E igualmente, si la opinión del jurado condujera a la absolución de un culpable, el juez se verá obligado a intervenir para que modifiquen su posición. Devlin evidencia, a través de una serie de casos jurisprudenciales, como las interferencias de los jueces en la formación del veredicto del jurado es algo evidente. Nunca se podrá aspirar a alcanzar un veredicto verdaderamente puro, sin intromisiones, pues los jueces impulsan y dirigen el proceso, y los jurados son una parte más de dicho proceso.

Es esta “perversidad” «lo que ilumina la diferencia entre las dos escuelas». Frente a la escuela que quisiera tratar al jurado como un cuerpo subordinado y que encuentra “perverso” que el jurado tenga autonomía propia o vague por límites fuera de los que les marcan los jueces, «está la escuela que respeta al jurado como un igual»¹⁴¹⁵, que no reprocha que pueda usar su conciencia para aplicar la ley y llegar a un veredicto independiente de los cauces marcados por el juez. La perversidad, al fin y al cabo, «es una cuestión de opinión»¹⁴¹⁶.

¹⁴¹² DEVLIN P., *The judge*, op. cit., p. 129.

¹⁴¹³ DEVLIN P., *The judge*, op. cit., p. 130.

¹⁴¹⁴ DEVLIN P., *The judge*, op. cit., p. 130.

¹⁴¹⁵ DEVLIN P., *The judge*, op. cit., p. 141.

¹⁴¹⁶ DEVLIN P., *The judge*, op. cit., p. 142.

Devlin no llega a aclarar su postura acerca del jurado, no se muestra discípulo de ninguna de las dos escuelas. Lo que sí deja claro es su defensa, en todo caso, del jurado como institución necesaria para la administración de justicia en una sociedad. Que el papel del jurado sea más o menos “perverso” es algo que se debe discutir en el caso concreto y tampoco son admisibles las soluciones tajantes. Hay ocasiones en que quizás lo recomendable sea que el jurado deba tener mayores cotas de atrevimiento para salirse de lo que haya quedado probado por el juez. En otras ocasiones, cuando la ley no admite otra lectura su atadura al juez es clara. De lo que no cabe duda es que «la libertad de pensamiento que revela un veredicto es la esencia del sistema del jurado»¹⁴¹⁷.

4. EL MORALISMO LEGAL COMO DEFENSA DE LA SOCIEDAD.

Devlin se había mostrado en un primer momento partidario de las recomendaciones hechas por el Comité Wolfenden que abogaban por suavizar las leyes contra el comportamiento homosexual adulto y consentido. Como lo relató más adelante, inicialmente había estado a favor de la estrategia del Comité que proponía distinguir entre asuntos de interés público e inmoralidades puramente privadas. Sin embargo, al reflexionar, dudó si un principio basado en tal distinción podría proporcionar realmente un fundamento racional para oponerse a la idea misma de la legislación moral. Un principio así quizás se pudiera enunciar en la teoría, pero en la práctica era imposible trazar alguna línea clara que definiera un tipo de inmoralidad que no afectara en absoluto a la sociedad y fuera estrictamente privada.

Para exponer su postura a favor del moralismo legal, Lord Patrick Devlin parte de una cuestión que él considera general y fundamental: «¿qué conexión existe entre el delito y el pecado?»¹⁴¹⁸. La respuesta a este interrogante establecerá hasta qué punto debe el Derecho implicarse, si es que debe hacerlo, en la imposición de la moral, convirtiendo el pecado o la inmoralidad en delito. Piensa el juez que «la separación completa entre el delito y el pecado no resultaría beneficioso para la moral y podría resultar desastrosa para el Derecho penal»¹⁴¹⁹. Devlin señala que si establecemos la completa separación entre el

¹⁴¹⁷ DEVLIN P., *The judge*, op. cit., p. 148.

¹⁴¹⁸ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 48.

¹⁴¹⁹ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 51.

delito y el pecado, entonces «el Derecho penal no puede justificar ninguno de sus preceptos a través de la moral. No podría afirmarse, por ejemplo, que el asesinato o el robo están prohibidos porque son inmorales o pecaminosos»¹⁴²⁰.

Devlin insistirá en la imposibilidad de separar delito y pecado pues, en la realización de tan tentadora tarea, «el Derecho penal coincidirá con la moral. Los delitos de violencia no sólo son moralmente condenables sino que también son constitutivos de delito contra el orden público. Consecuentemente, estos delitos atacan contra ambos códigos normativos. Esto se debe a que ambas normas, persiguiendo distintos objetivos, acaban cubriendo el mismo ámbito»¹⁴²¹. De ahí que sostenga que «el Derecho penal, tal y como lo conocemos se basa en principios morales. En una serie de delitos, su función se limita a imponer un determinado principio moral (...) y reivindica su capacidad de pronunciarse sobre la moralidad y la inmoralidad»¹⁴²². Ello se evidencia, principalmente, tanto en una amplia gama de delitos específicos, tales como la homosexualidad, el incesto, la sodomía, el aborto o la venta de pornografía; como en el repertorio de factores que se tienen en cuenta a la hora de tipificarlos, tales como la importancia de la moralidad a la hora de graduar el castigo o la escasa relevancia que tiene el consentimiento en el Derecho penal sobre algunos delitos en los que no se puede esgrimir como defensa.

Si se admite que esta es la forma de funcionar típica del Derecho penal, no resultará extraño que Devlin defienda un moralismo legal que «no debe confundirse con argumentos más radicales o clásicos acerca del moralismo legal. Devlin no sostiene que el deber del Estado sea hacer a la gente moralmente buena, para cuyo propósito debe hacer cumplir la moral positiva; ni tampoco entiende que la moral positiva sea intrínsecamente valiosa, por lo que la coacción jurídica sería el medio idóneo para su protección. Tampoco confunde la legitimidad democrática con la corrección moral de sus resultados. Opta, más bien, por defender una tesis moderada: como la moral positiva es instrumentalmente valiosa para la integración social, debe ser protegida jurídicamente»¹⁴²³. Devlin se aparta así de planteamientos más cercanos al

¹⁴²⁰ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 52.

¹⁴²¹ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 53.

¹⁴²² DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 54.

¹⁴²³ DE PÁRAMO J.R., *El moralismo legal contraataca*, op. cit., p. 576.

perfeccionismo y se sitúa en tesis más propias del conservadurismo clásico al poner en valor las tradiciones y la moral como ejes integradores de toda sociedad.

Si tomamos las clasificaciones clásicas de los tipos de moralismo legal hechas por Feinberg -vistas en la primera parte de este trabajo- parecería que las tesis de Devlin se incardinan, en principio, en el *moralismo legal impuro en sentido estricto*, ya que prohibiría las conductas que sean inherentemente inmorales porque, aunque no sean directamente ofensivas, tienen un efecto negativo tanto en las personas que las realizan como en la sociedad que las padece¹⁴²⁴. Pero el moralismo de Devlin no es demasiado *estricto*, argumenta Feinberg, ya que el comportamiento que «trata de ser prevenido no es la verdadera inmoralidad como tal, sino el cambio drástico en la forma de vida tradicional de una comunidad que se originaría por la perturbación de la moralidad establecida»¹⁴²⁵. El castigo de la conducta no es por la inmoralidad de la acción en sí misma, sino por su poder para desintegrar la sociedad.

Patrick Devlin expone los detalles de su teoría mediante la presentación de una serie de problemas formulados como interrogantes a los que va ofreciendo distintas respuestas. La primera pregunta que plantea es si la sociedad tiene derecho a juzgar asuntos de moralidad, o lo que, según Devlin, es lo mismo, si existe una moralidad pública o la moral es un asunto que debe juzgarse en privado. La segunda pregunta parte de la respuesta dada a la primera pues sólo en el caso de que se afirme que la moral no es un asunto meramente privado, Devlin quiere saber si la sociedad está autorizada para usar el Derecho para imponerla. La tercera pregunta depende, a su vez, de la respuesta a la segunda pues si la sociedad está autorizada a usar el Derecho, entonces desea saber si puede hacerlo en todos los casos o sólo en algunos, y qué criterio existe para discriminar entre ellos¹⁴²⁶. Iremos viendo cada uno de estos aspectos en torno a los cuales Devlin va argumentando su defensa del moralismo legal.

¹⁴²⁴ FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. IV: Harmless Wrongdoing, op. cit., p. 9.

¹⁴²⁵ FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. IV: Harmless Wrongdoing, op. cit., p. 134.

¹⁴²⁶ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 55.

4.1. La sociedad como comunidad de ideas. Cohesión social o desintegración.

Devlin construye un discurso que, en términos generales, justifica la utilización del Derecho para imponer la moralidad en todos aquellos casos en que se estime que está comprometida la estabilidad de la sociedad. Devlin confirma que la sociedad tiene derecho a pronunciarse en los asuntos de moralidad y a juzgar como buenos o malos ciertos comportamientos, y sostiene que no basta con que una mayoría de personas desapruuebe una determinada práctica sino que la repulsa debe ser unánime¹⁴²⁷. Esos pronunciamientos son la base sobre la que se constituye la moralidad pública, que es compartida por la sociedad, y que es un elemento imprescindible tanto en la propia constitución de la sociedad como en su mantenimiento.

Según Devlin, lo que justifica la imposición legal de la moral es la cohesión social. La cohesión social procura la integración de los individuos en torno a un conjunto de creencias morales compartidas, aunque no se requiere que dichas creencias que comparten tengan que ser necesariamente ciertas. Éste es el extremo que constituye el objeto de la crítica de Robert P. George. Me serviré también de su enfoque para presentar los argumentos de Devlin.

Para Devlin, una sociedad puede hacer cumplir legítimamente las creencias morales compartidas que unen a sus miembros, independientemente de que estas creencias se basen o no en algún tipo de *moral verdadera*. Que las creencias compartidas sean verdaderas es algo que no contribuye en nada para justificar su imposición, de la misma manera que su falsedad tampoco lo impide. Devlin explicó detalladamente su posición sobre este punto en una conferencia sobre Mill pronunciada unos años después de la Conferencia Macabea¹⁴²⁸. Consideró como ejemplo el caso de la poligamia. Los matrimonios polígamos son condenados en algunas sociedades como gravemente inmorales; en otros son tolerados e incluso considerados loables. En sociedades como las del primer tipo, los matrimonios polígamos representan una amenaza para la moral pública y, por lo tanto, para la cohesión social. En estas sociedades no cabe duda que deben estar prohibidos los matrimonios polígamos. En las sociedades del segundo tipo,

¹⁴²⁷ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., pp. 55-56.

¹⁴²⁸ Conferencia “Mill on Liberty in Morals”, en el ciclo *Ernst Freund Lecture*, pronunciada en la Universidad de Chicago el 15 de octubre de 1964. Fue publicada en la revista *University of Chicago Law Review*, vol. 32, núm. 2; y recogida en su *The Enforcement of Morals*, op. cit., pp. 102-123. Cito por la traducción contenida en DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit.

por el contrario, la poligamia podría servir como una creencia moral fundamental que posibilita la integración social. En estas sociedades, los matrimonios polígamos deben ser tolerados e incluso alentados por el bien de la cohesión social. De modo que la cuestión de si la poligamia es realmente buena o mala, correcta o incorrecta, es irrelevante para la cuestión de si la ley debe prohibirla. La única pregunta relevante es si, teniendo en cuenta la moralidad constitutiva de la sociedad considerada, los matrimonios polígamos representan un desafío para el código moral prevaleciente, creando así un peligro para la estabilidad social:

«Por lo general se acepta que alguna moralidad compartida, esto es, algún acuerdo común sobre el bien y el mal, es un elemento esencial en la constitución de cualquier sociedad. Sin ella no habría cohesión. Sin embargo la poligamia puede ser tan cohesiva como la monogamia y puedo creer que una sociedad basada en el amor libre y en una comunidad de niños puede ser tan fuerte (aunque de acuerdo a nuestras ideas no podría ser tan buena) como una basada en la familia. Lo que es importante no es la calidad del credo sino cuan fuerte se cree en él. El enemigo de la sociedad no es el error sino la indiferencia»¹⁴²⁹.

Entonces, se pregunta Devlin, ¿por qué se usa el Derecho para proteger convicciones morales ya existentes? La razón es que «una moralidad vieja no puede cambiarse por una nueva como un abrigo viejo se cambia por uno nuevo. Es la falta de adhesión la que debe expulsar a la vieja convicción»¹⁴³⁰. De este modo, hasta que en dicha sociedad no se deje de creer en el valor de la monogamia, la poligamia no podrá ser tolerada por el Derecho. Por ello los límites de la tolerancia también son un buen indicador de las demandas sociales. Es decir, los límites de la tolerancia serán más elásticos sobre aquellas conductas que la sociedad demanda que sean aceptadas. Mientras tanto, sobre aquellas cosas no demandadas se entiende que hay un consenso para que sigan siendo no toleradas. Frente a ellas la sociedad no demanda cambios:

«Tal vez sean caras diferentes de la misma moneda. Por demanda social, se tienen en cuenta las circunstancias en las que se desea una actividad lo suficiente como para permitir o invitar a un juicio social para que se tolere. La conducta que se exige socialmente, en este sentido, es susceptible de ser tolerada y considerada legal. Fumar tabaco, beber alcohol y apostar son exigidos por el público, y por esa razón son legales. Cuando una actividad no se demanda socialmente, o cuando no se demanda con la fuerza suficiente, es más fácil considerarla intolerable y criminalizarla. Esto podría explicar por qué ciertas actividades sexuales son legales y otras no. Las

¹⁴²⁹ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 165.

¹⁴³⁰ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 165.

sociedades liberales han llegado a aceptar que la conducta homosexual sea tolerada y esto, sin duda, es una consecuencia de la acción política y el aumento de la conciencia social por parte de grupos que buscaron su despenalización. En contraste, no existe una demanda social perceptible para la legalización de la bestialidad, el incesto o la necrofilia, ni estoy al tanto de ningún grupo que defienda esas actividades y, como resultado, actualmente se considera que están más allá de los límites de la tolerancia»¹⁴³¹.

Y ello ocurre así porque el conjunto de creencias compartidas son las que dan forma y cuerpo a una sociedad. Lo que permite que una sociedad permanezca estable «no es aglutinar físicamente» a una colectividad de individuos, sino que su unión «sólo se consigue a través de los nexos invisibles que se derivan de las creencias comunes. Si estos vínculos resultan ser demasiado laxos, los miembros se alejarían unos de otros»¹⁴³². Devlin se basó en la premisa de que «la cohesión social depende del conjunto de creencias morales compartidas por los miembros de una comunidad. Al compartir estas creencias, los individuos se transforman en integrantes de una comunidad»¹⁴³³. Las convicciones que comparten son el sustento de su sociedad, son el lazo invisible, el cemento que mantiene unido a todo el colectivo. La moralidad compartida no es un rasgo accidental de la comunidad sino que es un elemento estructural de su propia identidad. Si dicha moral quiebra, la sociedad se quebrará con ella:

«La sociedad implica una comunidad de ideas y la misma no puede existir si no hay cierto consenso en torno a ideas políticas, morales y éticas. Cada uno de nosotros tiene ciertas ideas acerca del bien y del mal. Estas ideas no pueden mantenerse al margen de la sociedad en la que vivimos. Los hombres y las mujeres que intentan crear una sociedad en la cual no exista un acuerdo base acerca de lo que es bueno y lo que es malo, fracasarán. Si habiendo creado la sociedad sobre la base de un acuerdo común, éste desaparece, la sociedad se desintegrará»¹⁴³⁴.

Para Devlin, lo que justifica la imposición jurídica de la moral es su capacidad para cohesionar a la sociedad. La vida en comunidad requiere la integración moral de sus miembros en torno a un conjunto de creencias morales compartidas pero que no necesariamente tienen que ser correctas o verdaderas. Devlin afirmaría que una sociedad puede imponer legítimamente cualquier código moral a sus miembros con tal de que sea el compartido por ellos. Lo que importa no es la calidad ni el contenido de dicho código,

¹⁴³¹ MCCUTCHEON J.P., “Morality and the Criminal Law: Reflections on Hart-Devlin”, en *Criminal Law Quarterly*, vol. 47, 2002, pp. 34-35.

¹⁴³² DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 57.

¹⁴³³ MALEM J., *Estudios de Ética Jurídica*, Fontamara, México, 1996 (2ª reimpr. 2005), p. 38.

¹⁴³⁴ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 57.

sino su poder de cohesión. Aquí radica una de las más importantes críticas de Hart, que pensó que, si el código moral que se trata de imponer es uno que se dedica a la persecución y exterminio de una minoría, mejor sería que dicha sociedad desapareciera antes de buscar su cohesión. No todo código moral fomenta la cohesión en torno a unos valores dignos de hacerse valer, por muy compartidos que estén en la sociedad. También David Lyons pensó que no toda integración es deseable y que no todas «las pautas morales constituyen una especie de cemento social que deba ser reforzado por la sanción oficial»¹⁴³⁵. Ronald Dworkin, sobre este punto, alegó que no se puede presumir que cualquier cosa que forme parte de la moralidad positiva del hombre de la calle debe valer como moralidad social compartida. Dicha moral puede estar construida sobre una importante base de prejuicios, reacciones emocionales y animadversiones personales¹⁴³⁶. Frente a Devlin, lo que Dworkin considera «escandaloso y erróneo no es su idea de que la moralidad comunitaria cuente, sino su idea de qué es lo que cuenta como moralidad comunitaria»¹⁴³⁷.

Para Lord Devlin todos afirmaríamos racionalmente el valor que entraña una convivencia cohesionada: la cohesión social es necesaria para preservar o lograr muchas cosas que la gente entiende que merece la pena tener. Reconoce que esta creencia, sin embargo, ninguno podría, en última instancia, fundamentarla racionalmente ni podríamos constatar de forma tangible los daños que produciría su socavamiento. Devlin va construyendo un argumento que confirma a la cohesión social en sí misma como algo que las personas universalmente creen que vale la pena tener. Por lo tanto, nos invita a razonar de esta manera en la práctica, aunque no tengamos un fundamento racional para poder afirmarlo. Simplemente sabemos que la cohesión social es buena. La posición de Devlin, en última instancia, apela a algunos juicios morales básicos que, según él mismo reconoció, no se pueden defender racionalmente.

Ante la falta de ese fundamento racional que justificara la imposición de la moral, Robert P. George intenta buscar otra explicación al valor que Devlin concede a la cohesión social. Y le parece que hay una línea de argumento disponible más prometedora que la que Devlin planteó:

¹⁴³⁵ LYONS D., *Ética y Derecho*, op. cit., p. 181.

¹⁴³⁶ DWORKIN R., “Lord Devlin and The Enforcement of Morals”, en *The Yale Law Journal*, núm 75, 1966, pp. 986-1005. Recogido en su *Taking Rights Seriously*, Gerald Duckworth, Reino Unido, 1977. Cito por *Los derechos en serio*, op. cit., p. 361.

¹⁴³⁷ DWORKIN R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 367.

«Las sociedades difieren en la moralidad de los actos típicamente prohibidos por las leyes morales. En el área de las relaciones sexuales, por ejemplo, mientras que todas las sociedades hacen provisiones para el matrimonio y muestran una preocupación por la estabilidad en la educación de los hijos, los antropólogos, en cambio, observan una gran variación entre las sociedades con respecto a la moral sexual. Algunas sociedades son polígamas, otras monógamas; algunos condenan las relaciones homosexuales como gravemente inmorales; otros consideran que los actos homosexuales son meros pecadillos; y otros parecen considerar que los actos homosexuales son perfectamente aceptables. Sin embargo, por cualquier razón uno no encuentra variación de pensamiento cuando se trata de la cuestión de si la existencia continua de la sociedad es algo bueno. Todas las sociedades valoran su propia cohesión. Ninguna incluye entre sus creencias morales constitutivas la proposición de que su propia desintegración sería preferible. Es, por así decirlo, un hecho social universal que todas las sociedades entienden que su propia continuación es un fin digno»¹⁴³⁸.

Robert P. George argumenta, con Devlin, que una sociedad se ha desintegrado cuando sus miembros simplemente viven en proximidad unos con otros y no se sienten apegados a esa sociedad en ningún otro sentido más que en el de la mera aglutinación de sujetos. Para George, el «precio de tolerar una desviación moral comúnmente aceptada por la sociedad es la pérdida de una forma distintiva de integración personal en la comunidad»¹⁴³⁹. La estrategia de George pasa por ir mostrando los horrores en los que cae una sociedad que ha perdido su cohesión moral. Una sociedad en la que cada vecino no tiene absolutamente nada en común con otro sería una auténtica pesadilla. Toda convivencia necesita que un ciudadano tenga la impresión de que comparte algo en común con el resto, como una misma lengua¹⁴⁴⁰. La propia historia habría demostrado que la relajación moral es, con frecuencia, el primer paso hacia la desintegración social, por lo que la sociedad con el objetivo de salvaguardarse a sí misma puede tomar las medidas necesarias para evitar que eso ocurra y conservar su moralidad social compartida¹⁴⁴¹.

¹⁴³⁸ GEORGE R.P., *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality*, Clarendon Press, Oxford, 1993, p. 57. El capítulo segundo de este libro estaba previamente publicado como GEORGE R.P., “Social Cohesion and the Legal Enforcement of Morals: A Reconsideration of the Hart-Devlin Debate”, en *The American Journal of Jurisprudence*, núm. 35, 1990, p. 58.

¹⁴³⁹ GEORGE R.P., *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality*, op. cit., p. 65.

¹⁴⁴⁰ RICHTER D.J., “Social Integrity and Private Immorality: The Hart-Devlin Debate reconsidered”, en *Essays in Philosophy*, núm. 2, 2001, p. 3.

¹⁴⁴¹ Sobre la tesis de la desintegración y la de la conservación de la sociedad véase *ad infra*. Por ahora sólo dejo anotado que la tesis de la desintegración es más fuerte y radical que la de la conservación. La primera tesis señala que una moral compartida es necesaria para mantener la cohesión social “y se basa en el derecho de la sociedad a proteger su propia existencia”, mientras que la tesis de la conservación “parte del derecho de la mayoría a seguir sus propias convicciones morales, defendiendo su medio social de aquellos cambios a los cuales se opone”. DWORKIN R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 352. Un principio de moralidad política basado en la tesis de la conservación, a juicio de Rolf Sartorius, “sería ampliamente aceptado por

Me temo que el término *sociedad* ha adquirido algún significado especial para Lord Devlin que va más allá del valor de los individuos que la integran. Pero ¿qué es la sociedad aparte de sus miembros y las relaciones que los unen? Sería realmente extraño que la sociedad tuviera algún derecho por encima de los individuos que la conforman. Por lo tanto, cuando Lord Devlin habla del derecho de la sociedad a proteger sus instituciones morales, o bien ha cometido varias falacias lógicas y podemos rechazar de manera sumaria sus conclusiones, o bien está queriendo decir que hay un ente abstracto que es superior a los individuos y que tiene derechos anteriores y más fuertes que los de ellos.

Este argumento a primera vista parecería absurdo y, como mínimo, requiere alguna justificación más fuerte de la que nos dio Lord Devlin. La carga de la prueba debería recaer en el que busca pasar de las proposiciones morales “X es una conducta correcta y buena, por lo que X debe hacerse” o “X es incorrecta y viciosa, por lo que X no debe hacerse” a las proposiciones legales “X es correcto y bueno, por lo que Y debe ser obligado a hacer X” o “X es incorrecto y cruel, por lo que Y debe ser obligado a no hacer X”. Las proposiciones jurídicas no se siguen automáticamente de las morales. Se requiere algún tipo de principio para justificar el salto y privilegiar a un tipo de ser humano sobre los demás en el orden legal, justificando la amenaza o el uso de la fuerza por parte de algunos individuos frente a otros para que se comporten de determinada manera. Lord Devlin no nos ha dado tal principio, y me atrevo a decir que ese principio no se encontrará a no ser que alguien lo haya colocado previamente en la chistera para luego extraerlo, por arte de magia, en forma de principio legal imperecedero.

Nos encontramos aquí con el problema que plantea recurrir a una verdad necesaria o por definición. La afirmación de Devlin de que la inmoralidad debilita o desintegra la sociedad no tiene el carácter de una proposición fáctica, sino que «constituye una supuesta generalización altamente ambigua acerca de las condiciones necesarias para la existencia o continuidad de una sociedad. Si una sociedad es definida por Devlin como una ‘comunidad de ideas’, comunidad que representa una moral compartida, está claro que la defensa de su tesis se basa en una verdad por definición, lógicamente deducible, sin

ciudadanos y legisladores reflexivos en nuestra comunidad, y también creo que hay al menos algunos casos en los que apelar a él sería suficiente para defender una posición liberal”. SARTORIUS R.E., “The Enforcement of Morality”, en *The Yale Law Journal*, vol. 81, 1972, p. 896.

ningún rasgo de evidencia empírica»¹⁴⁴². Como se trata de una ‘verdad necesaria’, dice De Páramo, «si bien puede ser criticada desde el punto de vista empírico, también puede ser rechazada desde el punto de vista lógico: la proposición que identifica la existencia de la sociedad con la protección de su moral no puede implicar lógicamente la proposición que justifica la coacción de la moral en función de las consecuencias valorables de asegurar la existencia de la sociedad»¹⁴⁴³. Se trataría de una aseveración irrefutable en cuanto que se exime de contraste, no se cuestiona su error ni su contrario y es antepuesta al criterio mismo que quiere Devlin conminar como verdadero. Su tesis será verdadera si y solo si se acepta la veracidad de su hipótesis, una hipótesis categórica que los argumentos de la lógica discursiva no estarían dispuestos a admitir, máxime cuando tampoco la realidad refleja que eso suceda tal y cómo nos lo hace creer el juez Devlin:

«No hay *evidencia* -dice MacCormick- de que la tolerancia jurídica de la inmoralidad privada disuelva o tienda a disolver los lazos sociales. No es simplemente que no esté probado que la diversidad o la desviación sean realmente destructivas de toda cohesión social; no es siquiera plausible que así ocurra realmente (...). Sólo podría afirmarse como una verdad analítica que una sociedad se define por un código moral específico»¹⁴⁴⁴.

El precio a pagar por no mantener una moralidad compartida es la desintegración social, no en el sentido de que los individuos estén privados de la seguridad sobre su persona y sus propiedades, sino en el sentido de perder el bien superior que es la integración interpersonal. El problema con este punto de vista es que «aunque estemos de acuerdo con el valor intrínseco de la comunidad para la vida de las personas, esto no justifica la criminalización de actos que sean contrarios a la moral dominante de una sociedad determinada, incluidos los actos inmorales puramente privados»¹⁴⁴⁵. Robert P. George, sabiendo los límites del argumento de Devlin, quiso buscar una salida y encontrar un fundamento que justifique la imposición de la moral más allá del mero valor de la cohesión social como tal. Y ese fundamento se encontraría en la validez misma de las ideas en torno a las cuales es importante estar cohesionado. George abogará por «una

¹⁴⁴² DE PÁRAMO J.R., *H.L.A. Hart y la Teoría Analítica del Derecho*, pról. Gregorio Peces-Barba, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 369.

¹⁴⁴³ DE PÁRAMO J.R., *H.L.A. Hart y la Teoría Analítica del Derecho*, op. cit., p. 369.

¹⁴⁴⁴ MACCORMICK N., *H.L.A. Hart*, Stanford University Press, Estados Unidos, 1981. Cito por la traducción al castellano y estudio preliminar de Juan Manuel Pérez Bermejo, *H.L.A. Hart*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 269.

¹⁴⁴⁵ NOGUEIRA DE BRITO M., “The Harm Principle, Legal Moralism, and the Disintegration Thesis: On Lord Devlin being unable to keep playing the smuggling game”, en *San Diego Law Review*, vol. 54, 2017, p. 475.

reinterpretación comunitarista de la tesis de la desintegración», para que «las afirmaciones clave de Devlin puedan sobrevivir a las críticas de Hart». En esa lectura alternativa, George encuentra que:

«Para entender la tesis de la desintegración de una manera que haga que Devlin sea convincente, uno debe distinguir la cohesión social (o “integración”) del orden social sin más, y comprender tanto su relación como el valor independiente de la cohesión social. Devlin adoptó lo que podríamos llamar una posición “comunitarista”: que la cohesión social es valiosa no sólo como un medio para preservar el orden (y otros bienes que llegan como resultado de una actividad humana coordinada), sino como algo que vale la pena por sí mismo. La identificación de los propios intereses y el bienestar de uno mismo con el de los demás con quienes estamos íntimamente relacionados, es esencial para la comunidad (como lo es para el matrimonio) y es considerado como algo que no meramente valioso desde el punto de vista instrumental (ya sea por el bien de la paz, el orden, la prosperidad, el prestigio o cualquier otra meta extrínseca), sino como algo que intrínsecamente vale la pena. Tal identificación, como suponía Devlin, depende de la integración de los miembros de una sociedad en torno a unos principios morales compartidos. Cuando se destruyen las condiciones de tal integración, la cohesión social, considerada como un fin en sí mismo y, por lo tanto, como una razón para la actividad coordinada, se pierde»¹⁴⁴⁶.

George reconoce que el pensamiento conservador tradicional, al apoyar la legislación en defensa de la moral, acierta al insistir en el componente de *verdad* de la moralidad que una sociedad puede imponer, ya sea por preservar la cohesión social o por promover la virtud y desalentar el vicio. Ello es una condición necesaria para la legitimidad de su imposición. Su reclamación contra Devlin es que las leyes morales no se pueden justificar por ningún otro motivo que no cumpla con el requisito de que la moral que se imponga en tales leyes sea cierta:

«No niego que el mantenimiento de la cohesión social y el evitar la desintegración social sean intereses públicos legítimos; ni dudo de la afirmación de Devlin de que estos intereses se vean afectados negativamente por actos de inmoralidad, independientemente de si causan un daño directo y palpable a las partes que no dan su consentimiento. Devlin tenía razón al cuestionar la noción de que puedan existir inmoralidades puramente privadas. Sin embargo definiendo que, en circunstancias en que la cohesión social está en peligro, como Devlin supuso que podría estar, por la erosión de una moralidad hasta ahora dominante, la preocupación por la cohesión social *per se* no es un fundamento suficiente para hacer cumplir las obligaciones morales. La justificación de las leyes morales no puede prescindir, como Devlin supuso que podía, de la cuestión de la verdad moral de las obligaciones que se imponen. La preocupación por la cohesión social en torno a una

¹⁴⁴⁶ GEORGE R.P., *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality*, op. cit., pp. 68-69.

moralidad compartida puede justificar los casos de imposición de la moral, pero solo si esa moral es verdadera»¹⁴⁴⁷.

Y aquí es ya donde a Robert P. George, siguiendo el argumento de Devlin, se le cuele la religión católica como la única moral verdadera que justifica su imposición para mantener la cohesión social. Si Devlin había parecido postular un no-cognitivismo cuando no hacía depender la imposición legal de un código moral compartido de la veracidad de dicho código, ahora Robert P. George se esforzará en demostrar que alguna *moral verdadera* es necesaria para que tenga valor la defensa de la cohesión social que esa moral sustenta. Para Devlin, aunque la cohesión social requiere la integración de los individuos en un conjunto de creencias morales compartidas, no se exige que dichas creencias tuvieran que ser necesariamente ciertas. Pero Robert P. George se esfuerza en entresacar algunos fragmentos de Devlin en los que sí parecería abogar por cierto cognitivismo en materia moral. George se basa en aquellos argumentos de Devlin en los que el juez señaló no sólo que «la religión y la moral están unidas de manera indisoluble», sino que también «a ningún código moral puede atribuírsele una validez que vaya más allá de la que puede recibir en virtud de la religión en la que se basa»¹⁴⁴⁸.

El no-cognitivismo de Devlin partía de que el Estado no puede imponer la moral de una determinada religión cuando ha apostado por que los ciudadanos ejerzan su derecho de libertad religiosa. El qué o quién otorga al Derecho la autoridad para pronunciarse sobre la inmoralidad y cómo determina los principios morales que impone, no cabe duda que son cuestiones que «hallaban su respuesta en las enseñanzas del cristianismo. No obstante, coincido con el lógico estricto cuando afirma que el Derecho no puede seguir apoyándose en doctrinas en las que los ciudadanos tienen derecho a no creer»¹⁴⁴⁹. En cambio, si un Estado adoptara una religión como la única verdadera, entonces parecería lógico que pudiera utilizar la ley positiva para imponer la ley divina. Pero en los países donde «esta adopción no tiene lugar, la intromisión del Estado en el ámbito moral se presenta como ilógica»¹⁴⁵⁰.

Pero resulta que en países que no identifican su moral compartida con una *moral verdadera*, en su Derecho penal se sigue condenando la inmoralidad de determinados

¹⁴⁴⁷ GEORGE R.P., *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality*, op. cit., p. 71.

¹⁴⁴⁸ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 51.

¹⁴⁴⁹ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 55.

¹⁴⁵⁰ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 52.

delitos. Así el asesinato o el robo están prohibidos porque son inmorales o pecaminosos con independencia de que se sustente su punibilidad en alguna *moral verdadera*. El Estado tiene que justificar de otra manera los castigos que impone a los delincuentes, debiéndose encontrar también una función para el Derecho penal que sea independiente de ese tipo de moral. Y ello, según Devlin, «no es difícil de hacer»¹⁴⁵¹. Y se consigue mediante el argumento de la represión en aras de la cohesión social, en el que no es necesario apelar a ningún tipo de *moral verdadera*. Únicamente se debe considerar que la cohesión social es algo valioso en sí mismo y que la mayoría de los delitos lo son porque atentan a algún código moral compartido que no tiene por qué ser el código de una *moral verdadera*:

«Es necesario regular algunas actividades con el fin de mantener una estabilidad en el funcionamiento de la sociedad y de preservar el orden social. Normalmente, las normas creadas con este objetivo e impuestas a través del Derecho penal se limitan a perseguir la conveniencia y la uniformidad, sin que esto incluya, por lo general, una elección entre lo bueno y lo malo. Las leyes que imponen un límite de velocidad o que intentan evitar que se produzcan cortes de carretera no tienen nada que ver con la moralidad. Teniendo en cuenta que gran parte del Derecho penal está conformado por normas de este tipo, ¿por qué habríamos de introducir la moral en este ámbito?, ¿por qué no definimos la función del Derecho penal sencillamente como la preservación del orden y la decencia, así como la protección de la vida y la propiedad de los ciudadanos y desarrollamos todos los temas basándonos en esta definición, de la forma en que se ha hecho en el Informe Wolfenden? No cabe duda de que en la realización de esta tarea, el Derecho penal coincidirá con la moral. Los delitos de violencia no sólo son moralmente condenables sino que también son constitutivos de delitos contra el orden público. Consecuentemente, estos delitos atentan contra ambos códigos normativos. Esto se debe a que ambas normas, persiguiendo distintos objetivos, acaban cubriendo el mismo ámbito. Este es el argumento»¹⁴⁵².

La única explicación plausible que permite entender por qué hay determinadas inmoralidades que, siendo privadas, son condenadas por el Derecho penal tiene que ver con la existencia de «ciertos principios morales cuyo cumplimiento exige la sociedad, constituyendo la violación de los mismos un delito no sólo contra la persona ofendida sino contra la sociedad en su conjunto»¹⁴⁵³. Devlin pone como ejemplo una serie de delitos concretos, como la eutanasia, el suicidio, el aborto o el incesto, que se pueden realizar en privado, sin ofender, corromper o aprovecharse de terceros. Y, sin embargo,

¹⁴⁵¹ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 52.

¹⁴⁵² DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 52.

¹⁴⁵³ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 54.

nadie plantearía que todos estos temas se excluyeran del ámbito del Derecho penal en tanto que cuestiones de moralidad privada:

«Es evidente que el Derecho penal, tal y como lo conocemos, se basa en principios morales. En una serie de delitos, su función se limita a imponer un determinado principio moral. En general, el Derecho, tanto el civil como el penal, reivindica la capacidad de pronunciarse sobre la moralidad y la inmoralidad»¹⁴⁵⁴.

Si para Devlin el Derecho busca la cohesión social a través de la imposición de principios morales que no tienen que ser necesariamente los de una religión, para George, en cambio, lo que justifica la imposición de la moral será que ésta sea *verdadera*. Para Russell Hittinger, entre otros, «Robert P. George seguramente da en el blanco al argumentar que la *verdad* de una obligación moral es una condición necesaria para la legitimidad de su imposición»¹⁴⁵⁵. Necesitamos que la moral que se proteja sea verdadera para que la imposición de esa moral que mantiene la cohesión social quede justificada. En trabajos posteriores Robert P. George ha ido perfilando esta idea, lo que le ha convertido en uno de los principales teóricos del iusnaturalismo contemporáneo a partir de la revisión del pensamiento de Santo Tomás de Aquino. La teoría del Derecho natural de Robert P. George tiene algunos puntos de encuentro con el conservadurismo que en materia moral predicó Devlin. La “ecología moral” saludable de la que nos habla George tiene bastante que ver con la “comunidad de ideas” que Devlin entendió que era una sociedad. Robert P. George consideró el problema de la pornografía:

«Cuando hay una gran aceptación social por la producción y consumo de un material diseñado para atraer el deseo lascivo por el sexo mediante la excitación del deseo carnal no integrado en los bienes procreadores y unificadores del matrimonio, se produce un perjuicio para la ecología moral de una comunidad»¹⁴⁵⁶.

El daño principal que genera la pornografía, alega George, no es que escandalice u ofenda a algunas personas. El daño al que da lugar la pornografía es un daño moral: «el daño al carácter, y por tanto, a los bienes e instituciones humanos -como el bien y la institución del matrimonio- que son preservados y fomentados por una disposición a

¹⁴⁵⁴ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 54.

¹⁴⁵⁵ HITTINGER R., “The Hart-Devlin debate revisited”, en *The American Journal of Jurisprudence*, núm. 35, 1990, p. 47.

¹⁴⁵⁶ GEORGE R.P., *Entre el derecho y la moral*, trad. de Pedro José Izquierdo Sancho e introd. de Sherif Girgis, Pontificia Universidad Javeriana - Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009, p. 170.

actuar rectamente con respecto a ellos, y son daños y envilecidos por una disposición contraria»¹⁴⁵⁷.

Alguien podría alegar que este tipo de daños los podría evitar cualquier ciudadano simplemente negándose a consumir pornografía. Pero hay que ir más allá, como proponía Irving Kristol, y «si alguien considera que la pornografía y/o la obscenidad constituyen un serio problema, debe estar a favor de la censura»¹⁴⁵⁸. La protección de la “ecología moral” no sólo requiere evitar el daño, sino combatirlo. Nadie tiene derecho a «someter a las personas a continuas tentaciones de hacer cosas que, moralmente o de otra manera, son dañinas para ellas». El vicio hay que erradicarlo de raíz, y no solamente dejarlo de lado esperando que nadie se sienta tentado a incurrir en él. Y, lo que es más importante para George, se trata de que no quepa la posibilidad de que una pendiente resbaladiza acabe por pervertir a toda la sociedad:

«La acumulación de decisiones privadas de usar la pornografía, en tanto ésta influye sobre quienes eligen consumirla, afecta, a veces profundamente, a la comunidad en su conjunto. Por ejemplo, allí donde la pornografía prospera -como sucede en nuestra cultura-, hay una gran alteración de las concepciones compartidas y públicas sobre la sexualidad y sobre la moral sexual, de las que depende vitalmente la salud de instituciones como el matrimonio y la familia de cualquier cultura. Es un caso clásico de cómo la acumulación de decisiones aparentemente privadas de individuos particulares produce grandes consecuencias públicas»¹⁴⁵⁹.

Para George, el Derecho y el gobierno desempeñan una función primordial en la defensa y promoción de la moral pública. Y la importancia de tal función se comprueba en los debates en torno al matrimonio homosexual. Ahí el Derecho tiene que cumplir su papel de protector de la “ecología moral saludable”:

«Si, como creo, el bien del matrimonio y su integridad institucional en nuestra sociedad dependen de un firme entendimiento de él como la unión sexual de un hombre y una mujer, y del compromiso público hacia esta unión, la amenaza contra el matrimonio puede provenir de una mala política pública. El Derecho y las políticas públicas, en nombre de una falsa neutralidad, pueden menoscabar la institución matrimonial al autorizar como matrimonios o como equivalentes

¹⁴⁵⁷ GEORGE R.P., *Entre el derecho y la moral*, op. cit., p. 170.

¹⁴⁵⁸ KRISTOL I., *Reflexiones de un Neoconservador*, op. cit., p. 68.

¹⁴⁵⁹ GEORGE R.P., *Entre el derecho y la moral*, op. cit., pp. 171-172.

aquellas relaciones que son intrínsecamente no maritales, como las homosexuales o las polígamas»¹⁴⁶⁰.

Al igual que Devlin, Robert P. George duda que se pueda hablar de una inmoralidad puramente privada o que pueda existir algún tipo de inmoralidad que no afecte a la sociedad en su conjunto. Y ello lo demuestra el ejemplo de la prostitución. Desde luego que los actos sexuales se llevarán a cabo “en privado”, es decir, a puerta cerrada, y podría ocurrir que no hubiera publicidad visible de la actividad. Aun así, a juicio de George, la “ecología moral” de la comunidad se ve dañada:

«El público tiene interés en que los hombres no se involucren con prostitutas, porque cuando lo hacen dañan su propio carácter: se vuelven menos sólidos y confiables como esposos y padres; debilitan sus matrimonios o su capacidad de contraerlos acertadamente, así como de ser auténticos modelos para otros -incluidos sus hijos- en la virtud de la castidad, de la cual depende la integridad de los matrimonios y del matrimonio como institución en una sociedad sana; y dan un mal ejemplo a los demás. En síntesis, dañan aquello a lo que me he referido como la “ecología moral” de la comunidad»¹⁴⁶¹.

4.2. No hay límites para la legislación moral.

Devlin advirtió que los cambios en la moral de una sociedad nunca son abruptos, ni afectan a la totalidad ni a aspectos centrales de su código moral. Nadie quiere subvertir por completo una moralidad. Son más bien asuntos periféricos los que se van cambiando mientras que el grueso de la moral queda intacto. Si diferenciáramos así los cambios en materia moral, se nos plantearían una serie de dificultades añadidas: «¿cuánto puede permitirse?, ¿de qué forma puede medirse? Si es adecuado y necesario que el Derecho proteja una parte de la moral pública, ¿cómo determinaremos qué parte dejamos exenta

¹⁴⁶⁰ GEORGE R.P., *Entre el derecho y la moral*, op. cit., p. 173.

¹⁴⁶¹ GEORGE R.P., *Entre el derecho y la moral*, op. cit., p. 177. Frente a los que opinan lo contrario, el argumento de George es bastante débil. Reconoce que habrá quienes no encuentren que haya algo moralmente malo en cualquier forma de acto sexual mutuamente consentido entre adultos. Hay quienes creerán que el Derecho no debe intervenir en aquellos casos en los que no haya daño y que la prostitución y la homosexualidad no tienen nada de censurable. Habrá quien piense que las personas que se dejan arrastrar por estos actos “peor para ellas”, pero que el Derecho no debería intervenir. Frente a ellos: “me deberán disculpar por ignorar a quienes ven las cosas de este modo para los fines de este trabajo. Si están en lo cierto, la legislación tradicional de principios morales públicos, al menos con respecto a lo que ha sido considerado vicio sexual, es errónea desde la raíz; y la razón para no imponer los conceptos jurídicos tradicionales de moralidad sexual sería que estos conceptos, en sí mismos, son falsos. Sobra decir que, en mi opinión, quienes suponen que la prostitución, el adulterio, la fornicación y otros actos similares son moralmente inocentes están profundamente equivocados”, p. 179.

de protección»¹⁴⁶². Si pudiéramos identificar esas partes en las que se admite una mayor tolerancia al cambio moral, el área que se dejaría sin protección sería aquella que por naturaleza es más susceptible de cambio. Pero si, como parece demostrar la realidad, al Derecho le concerniera la totalidad de la moral pública, sería entonces imposible poder identificar las partes de ésta.

Para Devlin los ciudadanos no identifican en partes sus creencias morales. La mayor parte de los hombres conciben la moral como un conjunto compacto y si intentáramos cambiar una parte de esa moral arrastraríamos al resto de la convicción por completo. Esto será lo que Hart critique a Devlin por considerar a la moral como “una tela de una sola pieza”. Pero para Devlin la moralidad de la mayoría de la gente «es más una red de convicciones que un conjunto de convicciones inconexas»¹⁴⁶³.

Como es imposible identificar qué parte de la moral debe quedar blindada por el Derecho, entonces éste debe utilizarse para reprimir cualquier actividad que se considere inmoral y perturbe al código moral en su conjunto. No parece posible ceñir la aplicación del Derecho a aquellos casos en los que se constate un daño tangible, ya que en muchas ocasiones el daño intangible es el primer paso para la pérdida de la cohesión. Por eso también hay que combatir esas formas de daño que anteceden a la desintegración. Tal es el caso de daño intangible que provoca la homosexualidad. Devlin no cree que «haya nadie que afirme en voz alta que la homosexualidad es una buena forma de vida»¹⁴⁶⁴. Es un planteamiento similar al que años más tarde ha defendido John Finnis:

«Una comunidad política que juzga que la estabilidad y la generosidad protectora y educativa de la vida familiar es de fundamental importancia para el presente y el futuro de esa comunidad, puede afirmar correctamente que tiene un fuerte interés en negar que la conducta homosexual -un “estilo de vida gay”- sea una elección y forma de vida válida y humanamente aceptable, y en hacer todo lo que apropiadamente esté dentro de sus amplias funciones como comunidad, siempre sujetas al principio de subsidiariedad, para desalentar tal conducta»¹⁴⁶⁵.

¹⁴⁶² DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 165.

¹⁴⁶³ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 166.

¹⁴⁶⁴ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 167.

¹⁴⁶⁵ FINNIS J., “Law, Morality, and Sexual Orientation”, en *Notre Dame Law Review*, vol. 69, 1994, pp. 1049-1076. Cito por la traducción de Jorge Ignacio Oría, “Derecho, moral y orientación sexual”, en *Persona y Derecho*, vol. 41, 1999, p. 611.

Que la homosexualidad produzca un tipo de daño que sea intangible no significa que no deba ser combatida por el Derecho ni que pueda derivar a la postre en daños tangibles superiores:

«Si ignoramos el daño intangible, hay una buena razón para sostener que la homosexualidad entre adultos debe ser totalmente excluida del ámbito del Derecho sobre la base de que, como práctica, es incapaz de causar un daño apreciable a la sociedad. Lo único que puedo decir es que sí hay una buena razón, ya que muchos alegarán que si se tolerase la homosexualidad ésta se propagará de forma considerable»¹⁴⁶⁶.

Como no es posible diferenciar qué parte de la moral resultaría dañada por la comisión de actos indecentes, «la sociedad podría hacer uso del Derecho para preservar la moralidad, de la misma manera que lo utiliza para salvaguardar cualquier otro elemento que resulte esencial para su existencia»¹⁴⁶⁷. De esta manera Devlin reconoce que «la sociedad tiene un derecho *prima facie* a legislar en contra de la inmoralidad como tal»¹⁴⁶⁸. En cuanto a las circunstancias que se requieren para que la sociedad haga uso de ese derecho, Devlin se opone a la sugerencia que hace el Informe Wolfenden de que se requieran “circunstancias especiales” para justificar la intervención del Derecho. Sostiene que este requisito es erróneo y cualquier intento de establecer dichas “circunstancias especiales” está abocado al fracaso porque deben definirse de una forma tan amplia que pueden usarse para justificar cualquier tipo de inmoralidad y de intervención legal¹⁴⁶⁹. Esto le lleva a afirmar que «no se pueden fijar límites teóricos al poder que tiene el Estado de promulgar leyes que combatan la inmoralidad. No se pueden establecer de antemano excepciones a la regla general, como tampoco se pueden delimitar ámbitos de moralidad en los cuales no se permita, bajo ningún concepto, la actuación del Derecho. La sociedad tiene derecho a protegerse, mediante la ley, de los peligros que la acechan»¹⁴⁷⁰.

La comunidad política tiene así a su disposición las posibilidades que le ofrece el Derecho penal para brindar protección a todos los individuos dentro de su dominio y asegurar la paz social. Sin lugar a dudas, este tipo de sociedad es mucho más, como afirma Finnis, «que un mero arreglo para prevenir las lesiones recíprocas e intercambiar bienes». De ahí que se pueda sostener «como requiere la razón, que la *ratio* de la comunidad

¹⁴⁶⁶ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 167.

¹⁴⁶⁷ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., pp. 58-59.

¹⁴⁶⁸ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 59.

¹⁴⁶⁹ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 59.

¹⁴⁷⁰ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 60.

política requiere que la estructura administrativa pública, el Estado, deba identificar, desalentar y obstaculizar deliberada y públicamente aquello que es dañoso y malo; y que deba, por medio de sus prohibiciones criminales y sanciones (al igual que por sus otras leyes y políticas), asistir a personas con responsabilidades de padres, para educar a los niños y a la gente joven en la virtud y para desalentar sus vicios»¹⁴⁷¹.

De esta forma se autoriza a la sociedad a usar el Derecho para protegerse de los peligros que puedan perturbar su estabilidad, tanto internos como externos. La necesidad de protegerse de ambos peligros se debe a que «la desintegración de las sociedades suele responder, más a menudo, a problemas internos que a presiones externas»¹⁴⁷². Apelando a la desintegración, los peligros internos de naturaleza moral, como puede ser la homosexualidad, se equiparan a los peligros externos de naturaleza política, como puede ser la traición o la sedición. El peligro interno aparece en el seno de una sociedad cuando «no se observa una moral común»¹⁴⁷³, de ahí se justifica que «la sociedad, con el fin de preservar su código moral, adopte el mismo tipo de medidas que toma para preservar el Gobierno u otras instituciones fundamentales. La supresión del vicio es tan de incumbencia del Derecho como lo es la supresión de actividades subversivas (...). De la misma manera que no existen límites teóricos al poder que tiene el Estado para legislar contra la traición y la sedición, considero que no deberían existir límites teóricos a la legislación contra la inmoralidad»¹⁴⁷⁴.

4.3. Los sentimientos de intolerancia, indignación y repugnancia del hombre del autobús de Clapham.

Devlin asoció la intolerancia con el «verdadero sentimiento de reprobación»¹⁴⁷⁵, con los sentimientos de indignación y disgusto. Estos sentimientos son auténticos indicadores de que los límites de la tolerancia están siendo traspasados. La intolerancia, en el sentido que Devlin emplea el término, debía distinguirse de otras formas de reproche más suave. Se requiere la condena enérgica. No es suficiente con que un determinado

¹⁴⁷¹ FINNIS J., *Derecho, moral y orientación sexual*, op. cit., p. 619.

¹⁴⁷² DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 61.

¹⁴⁷³ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 61.

¹⁴⁷⁴ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 62.

¹⁴⁷⁵ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 65.

comportamiento sea rechazado por la mayoría, sino que es necesario un auténtico sentimiento de repulsa. Según sus palabras «la determinación, por parte de la sociedad, de que una práctica supera los límites de la tolerancia tiene que estar precedida de una valoración concienzuda que llegue a la conclusión de que esa práctica es perjudicial para la sociedad»¹⁴⁷⁶. Se puede comprobar la similitud de este argumento con el de Fitzjames Stephen cuando afirmaba que «no puede castigarse nada que la opinión pública, que se manifiesta en la práctica común de la sociedad, no condene de forma vigorosa e inequívoca (...). Para poder castigar, la mayoría moral tiene que ser abrumadora»¹⁴⁷⁷. Paul McCutcheon defendió la postura de Devlin señalando que «el legislador debe ejercer ese juicio para identificar los límites de la tolerancia social y, por lo tanto, para determinar qué se puede tipificar adecuadamente»¹⁴⁷⁸. Devlin reconoció que el juicio de lo que la sociedad considera intolerable debe ser tendido en cuenta por el legislador.

De esta manera todo juicio moral «no es más que el sentimiento de que todo buen padre de familia que se comportara de manera distinta al mismo tendría que admitir que estaba obrando mal. Lo que subyace a los juicios emitidos por la sociedad no es el poder de la razón sino el poder del sentido común»¹⁴⁷⁹. Ese sentido común del buen padre de familia es el que debe recoger el legislador para trasladarlo al Derecho. Como en una democracia todas las voces deben ser oídas por igual, el propio Devlin reconoció que el hombre medio debe participar con sus opiniones en la construcción de lo que se considera el consenso moral de la sociedad. Es cierto que el ciudadano educado está en mejor posición para hacer valer sus juicios morales ante el legislador. Para James Allan «Devlin tuvo razón al señalar que, aunque en una democracia ‘la palabra del hombre educado no vale más que la de cualquier otro hombre’, es igualmente cierto que tiene ciertas ventajas. Estas ventajas incluyen ‘poderes de persuasión superiores a la media’ y ‘más facilidad para hacerse oír por el legislador’»¹⁴⁸⁰. Pero de lo que aquí se trata es de hacer oír el clamor popular del hombre medio. Lo que está en juego «no es el poder de la razón sino

¹⁴⁷⁶ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 65.

¹⁴⁷⁷ STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 159.

¹⁴⁷⁸ MCCUTCHEON J.P., *Morality and the Criminal Law: Reflections on Hart-Devlin*, op. cit., p. 33.

¹⁴⁷⁹ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 65.

¹⁴⁸⁰ ALLAN J., “Revisiting the Hart-Devlin debate: at the periphery and by the numbers”, en *San Diego Law Review*, vol. 54, 2017, p. 438. Las referencias de James Allan a la obra de Devlin se contienen en DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., pp. 141, 146 y 147.

el poder del sentido común»¹⁴⁸¹. Los riesgos de este tipo de legislación ya fueron avisados por C.L. Ten:

«Devlin afirma que, de hecho, las cuestiones de gran relevancia deben ser resueltas por el ciudadano común. Esto es como debería ser porque en una democracia al final la voluntad del pueblo debe prevalecer. Rechazar las opiniones del hombre común como el árbitro final de cómo debe actuar la ley, y apelar a las opiniones de la elite educada en la sociedad, es indeseable. Primero, los hombres educados a menudo no están de acuerdo unos con otros en cuestiones morales. En segundo lugar, incluso si existe un consenso de opiniones morales entre la elite educada, actuar sobre tal consenso es establecer una oligarquía intelectual ofensiva de carácter antidemocrático. La teoría de la democracia de Devlin implica que es antidemocrático que los legisladores promulguen leyes impopulares. Pero si el criterio de si un gobierno es “democrático” es hasta qué punto satisface la voluntad de la mayoría del pueblo, las dictaduras con apoyo masivo, pero sin elecciones libres, serían bastante “democráticas”»¹⁴⁸².

Pero entonces cabe preguntarse cómo debe el legislador emprender esta tarea, «¿cómo se determinan los juicios morales de la sociedad?, (...) ¿cómo debe determinar el legislador cuáles son los juicios morales de una sociedad?»¹⁴⁸³. Patrick Devlin sostiene que la fuente de la inmoralidad no puede encontrarse en un consenso mayoritario, que podría ser insuficiente, ni en requerir la aprobación individual de cada ciudadano, lo que sería excesivo. Frente a ambos extremos, Devlin acuña un criterio, basado en un localismo inglés, que funcionaría como indicador: se trata del *hombre del autobús de Clapham*¹⁴⁸⁴ quien con su recto entender y sentimiento establecerá qué es lo moral y lo inmoral en una sociedad. Este *hombre del autobús de Clapham* es la persona razonable, que Devlin diferencia del hombre racional, pues «no se espera que razone acerca de nada y su juicio puede estar basado, en gran medida, en una cuestión de sentimientos. Estamos haciendo referencia al punto de vista del hombre de a pie. También se le puede denominar ‘el buen padre de familia’»¹⁴⁸⁵ o el miembro de la tribuna del Jurado. Así, a efectos del Derecho, la inmoralidad se concibe como «lo que presumiblemente consideraría inmoral cualquier buen padre de familia»¹⁴⁸⁶.

¹⁴⁸¹ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 65.

¹⁴⁸² TEN C.L., “Enforcing a shared morality”, en *Ethics*, vol. 82, 1972, p. 329.

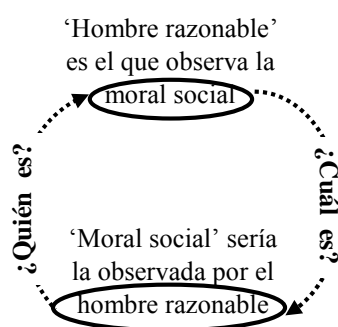
¹⁴⁸³ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 63.

¹⁴⁸⁴ En el suburbio londinense de Clapham, antiguo baluarte de una célebre secta disidente antiesclavista (siglo XVIII), se halla el nudo ferroviario *Clapham Junction*, uno de los más importantes del Reino Unido. La secta de Clapham se distinguió por su enérgica defensa de las ideas liberales.

¹⁴⁸⁵ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 63.

¹⁴⁸⁶ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 63.

Pero ello nos plantea un problema de circularidad. Este razonamiento cae en la tautología, señala De Páramo, porque intenta «definir la inmoralidad en función del criterio del ‘hombre razonable’, siendo definido este observador imparcial en función de su capacidad de delimitar y calificar como inmorales determinadas acciones»¹⁴⁸⁷. También ha destacado la circularidad lógica de este argumento Ramos Pascua, ya que «por una parte necesitaríamos un previo conocimiento de la moral social para identificarlo, y por otra necesitaríamos haberlo identificado para averiguar cuál es la moral social»¹⁴⁸⁸.



Devlin defiende que estos sentimientos del hombre razonable son un buen indicador de la frontera entre lo tolerable y lo intolerable. Y el Derecho no puede desatender esos sentimientos de repulsa, pues evidencian hasta dónde el ciudadano de a pie estaría dispuesto a ceder en aras de la libertad, no pudiendo el Derecho castigar aquello que no sobrepase los límites de la tolerancia. Pero de «existir un verdadero sentimiento de reprobación» estaríamos ante actitudes que reflejan que «se están alcanzando los límites de la tolerancia»¹⁴⁸⁹. Por eso Devlin no cree que «la repugnancia, si es auténtica y se siente profundamente, pueda ser ignorada»; todo lo contrario, constituye base y justificación para la legislación contra la inmoralidad. El Derecho debe recoger ese sentir social y plasmarlo en la ley. La intervención estatal se justifica porque da respuesta a los sentimientos de «la intolerancia, la indignación y la repugnancia»¹⁴⁹⁰.

¹⁴⁸⁷ DE PÁRAMO J.R., *H.L.A. Hart y la Teoría Analítica del Derecho*, op. cit., p. 362.

¹⁴⁸⁸ RAMOS PASCUA J.A., «Promoción activa e imposición de la moral. Examen de la postura de H.L.A. Hart», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 28, 1988, p. 454.

¹⁴⁸⁹ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 65.

¹⁴⁹⁰ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 65. En el prefacio a su obra *The Enforcement of Morals*, Devlin refuta y aclara algunos de los puntos que suscitaron mayor controversia desde su *Maccabean Lecture* en 1959 hasta la publicación de dicha obra en 1965. Durante el transcurso de ese periodo, el propio Devlin es consciente de la oleada de críticas que levantaron sus palabras en la *British Academy*, asumiendo que quizás utilizó «un lenguaje que pusiera demasiado énfasis en los sentimientos y

que los ciudadanos padecen. Ante ello, al Derecho no le queda más que perseguir los delitos que tan desagradables sentimientos despiertan: «el brazo de la ley es un instrumento al servicio de la sociedad»¹⁴⁹¹.

Si tales sentimientos están presentes, no se explica Devlin por qué las conductas que los suscitan deben quedar situadas más allá del alcance del Derecho. Lo que subyace a esta forma de proceder, que serviría de autorización y guía al legislador, «no es el poder de la razón sino el poder del sentido común»¹⁴⁹². Y, congruentemente, ello le hace a Devlin concluir con una de sus aseveraciones más polémicas:

«Existe, por ejemplo, una aversión general a la homosexualidad. En primer lugar, nos deberíamos plantear si, al examinar la homosexualidad con calma y objetividad, ésta se nos presenta como un vicio tan terrible que su mera presencia puede llegar a ofendernos. Si este es el auténtico sentir de la sociedad en la que vivimos, no alcanzo a ver cómo se le puede denegar a la misma el derecho a erradicarla»¹⁴⁹³.

Es posible que determinadas prácticas inmorales sean toleradas mientras que su ejercicio sea limitado, pero que se volverían intolerables en el caso de que se propagaran resultando gravemente perjudiciales para la sociedad. Tal es el caso de la embriaguez, en el que «mientras un pequeño número de personas emborrachándose en privado no supone problema alguno, la ebriedad generalizada, ya sea pública o privada, crearía un problema social»¹⁴⁹⁴. De la misma manera que es obvio que si un único individuo se entregara al vicio sin restricción, dejará de ser útil para la sociedad pero no pone la supervivencia de ésta en peligro, «es obvio también que si un número suficiente de individuos se debilitan hasta este punto, la sociedad se verá debilitada»¹⁴⁹⁵. Sobre este concepto de *lo intolerable* construye Paul McCutcheon su defensa de Lord Devlin:

«Sugiero que la noción de intolerancia, como la explica Devlin, es importante. Sirve para separar los delitos graves de lo trivial y limita la sanción penal a los primeros. En este contexto, la observación de Devlin de que la conducta que se tolera no está necesariamente aprobada es

muy poco en la razón”. Pero, a pesar de ello, él considera que las críticas fueron “excesivas” y se trata de “expresiones que no deseo modificar”, p. 43.

¹⁴⁹¹ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 68. Hay quien ha calificado en este punto el argumento de Devlin como “inverosímil porque parece sostener que las pautas que deben hacerse respetar no necesitan justificarse aduciendo que evitan un daño ni cualquier otra razón. Solo tienen que expresar una intensa actitud irreflexiva, como la aversión”. LYONS D., *Ética y Derecho*, op. cit., p. 184.

¹⁴⁹² DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 65.

¹⁴⁹³ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 65.

¹⁴⁹⁴ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 164.

¹⁴⁹⁵ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 162.

pertinente. Los conservadores a menudo se oponen a la legalización de una actividad en particular debido a que la propuesta equivaldría a la aprobación de la sociedad: por lo tanto, a veces se dice que permitir el juego, la bebida o los actos homosexuales es aprobar estas actividades»¹⁴⁹⁶.

C.L. Ten critica de este tipo de explicaciones la conexión que se establece entre el daño al individuo y el daño a la sociedad. En el caso de la embriaguez, por ejemplo, aunque ésta no atentara contra un código moral compartido, seguiría siendo perjudicial para la salud del individuo. Lo que se debe tratar de evitar es el perjuicio que la embriaguez produce sobre el individuo, y no el perjuicio que hipotéticamente, como piensa Devlin, produciría sobre la sociedad. Puede haber actividades que, cuando son realizadas por unos pocos son inofensivas y que cuando aumenta el número de sus practicantes pueden causar daño a la sociedad; pero eso puede ocurrir con independencia de que atenten o no contra un código moral compartido. Embriagarse, tomar drogas, el aborto y el suicidio pueden ocasionar serios problemas sociales si se practican de forma generalizada y excesiva, «pero también lo ocasionarían el control de la natalidad, la práctica de tener familias muy grandes y, como el propio Devlin reconoce, el celibato»¹⁴⁹⁷.

Para Devlin, «la línea que separa el Derecho penal de la moral no puede dibujarse a través de la simple aplicación de un principio bien definido»¹⁴⁹⁸. Como el «Derecho es amigo y servidor de la moral», al incorporar a ésta a las normas jurídicas, se difuminan sus fronteras a cambio de dejarla protegida¹⁴⁹⁹. Ello impide que los límites del Derecho penal puedan establecerse por referencia a un “sencillo principio” como sugería Mill, ya sea éste el de daño, el de la libertad individual o cualquier otro. En cambio, «los límites del Derecho están conformados por una variedad de fuerzas que operan como directrices generales en lugar de criterios contundentes. Una vez que se reconoce esto, debe aceptarse que es legítimo y apropiado tener en cuenta las consideraciones morales al determinar el contenido de la ley penal. En definitiva, el legislador puede justificar adecuadamente una prohibición apelando a razones morales»¹⁵⁰⁰.

¹⁴⁹⁶ MCCUTCHEON J.P., *Morality and the Criminal Law: Reflections on Hart-Devlin*, op. cit., p. 36.

¹⁴⁹⁷ TEN C.L., *Enforcing a shared morality*, op. cit., p. 323.

¹⁴⁹⁸ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 70.

¹⁴⁹⁹ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 97.

¹⁵⁰⁰ MCCUTCHEON J.P., *Morality and the Criminal Law: Reflections on Hart-Devlin*, op. cit., p. 38.

Los límites de la ley estarían conformados por una amalgama de fuerzas entre las que se incluyen el concepto de daño y el respeto por la libertad personal, pero en las que también están presente diferentes preocupaciones paternalistas y morales. El resultado es, para Devlin, un conjunto de directrices mucho más vago de lo que permitiría la posición liberal clásica. A lo sumo, se podría convenir que «el verdadero principio es aquel que afirma que el fin del Derecho es la protección de la sociedad. Su función no se ve cumplida a través de la protección del individuo frente al daño, la molestia, la corrupción o la explotación, sino que necesita proteger también las instituciones y las comunidades de ideas políticas y morales, sin las cuales las personas no pueden vivir en comunidad (...). La moralidad que subyace al Derecho tiene que derivarse del sentido de lo correcto o incorrecto que alberga el conjunto de la sociedad»¹⁵⁰¹. De estas palabras, y siguiendo a De Páramo, se desprende que «mientras que el Wolfenden Report basa sus argumentos en base al principio de que el Derecho penal exista para proteger a los individuos, Devlin se basa en el principio opuesto: el Derecho penal existe tan solo para proteger a la sociedad, considerada como un todo orgánico»¹⁵⁰².

Devlin reconoció que no hay una línea clara que distinga entre la conducta inmoral y la perjudicial y, en cambio, desconoció los límites para justificar la criminalización de una y otra. Aunque el Derecho penal solamente pudiera acoger como motivos válidos para su intervención los referidos a la segunda categoría -la de los actos perjudiciales-, Devlin convirtió la conducta inmoral en perjudicial y, con ello, la dejó sometida al ámbito de interferencia penal.

Las dificultades en torno a dónde situar dicha línea han generado, como ya sabemos, una fuente constante de problemas. Devlin se acogió a la imposibilidad de poder trazar alguna línea clara para justificar la condena penal indistintamente para todos los casos, caigan de un lado u otro de la división. Sin embargo, lo importante, recordaba Judith Shklar, «no es tanto dónde se traza esa línea como que se trace, y que no se deba ignorar u olvidar bajo ninguna circunstancia. Los límites de la coerción empiezan, aunque no terminan, con la prohibición de la invasión del ámbito privado (...). Es una línea

¹⁵⁰¹ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 71.

¹⁵⁰² DE PÁRAMO J.R., *H.L.A. Hart y la Teoría Analítica del Derecho*, op. cit., p. 363.

cambiante, pero no se puede borrar»¹⁵⁰³. Y Devlin no encontró problemas para difuminarla.

La cuestión de si una acción es criticable es diferente a la cuestión de si uno debe tratar de impedirla de manera directa. Las cuestiones de interferencia por medio de la presión moral y social requieren un tratamiento bastante diferente a la coacción jurídica. Parece que hay esferas de autonomía dentro de las cuales creemos que otros no deben interferir, aunque se trate de acciones que podamos considerar incorrectas y que no deben hacerse. Lo que esto demuestra es que el paso de que algo sea “incorrecto” a que deba estar “sujeto a interferencia” requiere un argumento adicional. Por supuesto, el paso de “perjudicial” a “sujeto a interferencia” también requiere una justificación. Gerald Dworkin alegó que este trasvase de los motivos de un tipo de conducta a otra para justificar la intervención, no es un procedimiento mecánico. Ante las dificultades de trazar una línea entre lo “inmoral” y lo “perjudicial” al menos en principio podría el Derecho penal tener algo que decir. Luego se deberá discutir si está justificada o no la penalización. Pero, de entrada, es cometido propio del Derecho penal castigar “lo que no se debe hacer”:

«La ley penal es una institución cuyas razones centrales incluyen hacer que sea menos probable que los actos que no deben realizarse no se realicen y sirve además de vehículo para condenar a los que hacen lo que no se debe hacer. No parece que haya razón para descartar, en principio, la posibilidad de que el proceso penal funcione como un medio para desalentar conductas»¹⁵⁰⁴.

Para Gerald Dworkin, debemos tener en cuenta que la “mera inmoralidad” de una acción la lleva, al menos en principio, a caer dentro del área de intervención del Derecho. Sin embargo, deberá hacerse presente «un conjunto adicional de características (daño, ofensa, etc.) que se deben agregar a la inmoralidad para que la conducta se encuentre dentro de la esfera legítima de la regulación estatal»¹⁵⁰⁵. Es decir, un conjunto de características que convertirían a la conducta “inmoral” en “perjudicial”, pudiendo quedar ya sí sujeta a intervención. Pero, desde luego, entre esas características habilitantes no parecerían encontrarse los sentimientos del hombre del autobús de Clapham.

¹⁵⁰³ SHKLAR J., *El liberalismo del miedo*, op. cit., p. 44.

¹⁵⁰⁴ DWORKIN G., “Devlin was right: Law and the enforcement of morality”, en *William and Mary Law Review*, vol. 40, 1999, p. 945.

¹⁵⁰⁵ DWORKIN G., *Devlin was right: Law and the enforcement of morality*, op. cit., p. 946.

4.4. Algunas notas añadidas para defender el moralismo legal.

Para guiar la función de protección de la sociedad que cumple el Derecho penal, Devlin añade algunos principios generales que debe «tener en mente el poder legislativo al considerar la promulgación de leyes que impongan normas morales»¹⁵⁰⁶. Por un lado, los límites de la tolerancia marcan, pues, lo que la sociedad está dispuesta a soportar. Mientras que no aparezcan atisbos de amenaza a su estabilidad, «debe tolerarse la máxima libertad individual que sea compatible con la integridad de la sociedad»¹⁵⁰⁷. En segundo lugar, el propio Devlin reconocerá, sin apartarse demasiado de su conservadurismo moral, que los límites de la tolerancia pueden ir cambiando:

«Suponiendo que los principios morales sean invariables, al menos en tanto procedentes de una revelación divina, y asumiendo que los juicios morales que una sociedad emite continuasen siempre siendo válidos para la misma, hay que tener en cuenta que el umbral de la tolerancia de la sociedad -quiero decir tolerancia, no aprobación- hacia las posibles desviaciones en la observancia de los principios morales varía de generación en generación»¹⁵⁰⁸.

Al igual que un juego no puede existir sin reglas, tampoco la sociedad sobreviviría sin ellas. Del mismo modo que «un cambio en las reglas significa que un juego ha desaparecido»¹⁵⁰⁹, tendríamos que afirmar que el cambio de las reglas morales haría irreconocible a la sociedad. Si eliminamos sus reglas, tendremos que afirmar que la sociedad se ha desintegrado o que ya no estamos ante la misma sociedad. Lo que Devlin pasaba por alto es que «las sociedades son colectivos muy plurales que evolucionan al ritmo de cambios de mentalidad que muchas veces son inspirados precisamente por minorías críticas. Cuando se produce uno de esos cambios no es que haya “desaparecido” una sociedad y haya “nacido” otra, sino que esa sociedad simplemente ha evolucionado»¹⁵¹⁰. Quizá el cambio de reglas no hace desaparecer el juego como Devlin pensaba, sólo lo transforma.

El tercer principio que debe guiar la tarea del legislador al promulgar normas morales es que «la privacidad debe respetarse en la medida de lo posible»¹⁵¹¹. Ello quiere

¹⁵⁰⁶ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 64.

¹⁵⁰⁷ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 64.

¹⁵⁰⁸ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 66.

¹⁵⁰⁹ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 66, nota 21.

¹⁵¹⁰ LAPORTA F.J., *Entre el Derecho y la moral*, op. cit., p. 50.

¹⁵¹¹ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 66.

decir que los actos realizados tanto en público como en privado entran dentro del ámbito de actuación penal. De esta manera, el derecho a la intimidad debe ceder ante el respeto al código moral impuesto por el Derecho. Aunque la inmoralidad penada por la ley se cometa en privado, ello no es óbice para resultar perseguida por el Derecho al igual que la que se comete en público. Aunque «el hogar de un inglés siga siendo su castillo», no se justifica la exclusión total de la inmoralidad privada del ámbito del Derecho¹⁵¹². Devlin argumentaría que la ofensa a los sentimientos se produce no sólo cuando el propio ofendido es espectador de la indecencia sino cuando se entera de que otros se están abandonando a ella en privado.

Feinberg alega que Devlin está malinterpretando el concepto de privacidad que maneja el Informe Wolfenden. Cuando éste utiliza el sentido de lo privado para señalar que existe un ámbito de moralidad e inmoralidad privados que no son asuntos del Derecho no significa, como Devlin quiere hacer ver, que todo aquello que se haga en privado quede sustraído al control del Derecho. Simplemente el Informe trata de argumentar que son comportamientos autorreferentes que «no afectan directamente a los intereses o sensibilidades de otros y que, por lo tanto, cada persona autónoma es libre de seguir su propios juicios y principios morales, aunque dichos criterios sean incluso diferentes al standard prevalente en su comunidad»¹⁵¹³.

Y en cuarto y último lugar Devlin recuerda que el Derecho tan solo abarca una mínima parte del comportamiento humano, pues aquél se inspira en «una preocupación de mínimos y no de máximos». Un hombre que regulara su comportamiento «con el solo objetivo de evitar el castigo carece de valor y cualquier sociedad valiosa fija para sus miembros unas pautas de comportamiento que están por encima de las que prescribe el Derecho»¹⁵¹⁴. El Derecho penal no reuniría un elenco de temas acerca de cuál debe ser el “mejor” comportamiento de los ciudadanos, sino tan sólo un conjunto de las

¹⁵¹² DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 67.

¹⁵¹³ FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. IV: Harmless Wrongdoing, op. cit., p. 134. La ‘intimidad’ (privacy) y el concepto de ‘moralidad privada’ serán usados con diferentes sentidos en esta polémica:

- a) Devlin asemeja la ‘moralidad privada’ a la moral de los actos realizados en privado (en la ‘intimidad’)
- b) Para el Informe Wolfenden, el concepto de ‘moralidad privada’ engloba a todos los actos que no tienen la intención de dañar a otros (se cometen en público o en privado).
- c) El concepto de ‘moralidad privada’ que maneja Hart, como veremos, se reconduce a la moral de los actos cuya valoración es, en último caso, objeto de juicio privado.

¹⁵¹⁴ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 68.

consecuencias que se derivarían de no observar sus obligaciones, incluidas la “obligación moral” y lo “moralmente debido”.

La falta de sintonía de Devlin con cualquier lector moderno ya se acusó desde el primer momento en que dictó sus conferencias. El planteamiento de Devlin había nacido ya obsoleto para la sociedad inglesa del momento y la mayoría de sus lectores «probablemente no verían viable la conclusión de la tesis de la desintegración social, ni sus analogías con la subversión política y la traición, ni su concepción de la naturaleza de la moral popular ni cómo podría ésta liberalizarse, ni el escaso lugar que Devlin concede a la moral como motor de cambio natural»¹⁵¹⁵. Veremos como en Estados Unidos las palabras de Devlin aun tuvieron recorrido durante algunas décadas más.

La sociedad devliniana «no puede subsistir sin moralidad. Su moralidad está conformada por aquellas normas de conducta aprobadas por el hombre razonable (...). Un hombre que reconoce que la moralidad es necesaria para la sociedad debe apoyar el uso de aquellos instrumentos sin los cuales ésta no puede mantenerse». Ante ello Devlin no tiene más remedio que afirmar que «el Derecho tiene que basarse en la moralidad cristiana y debe imponerla en la medida de sus posibilidades, no sólo porque representa la moralidad de la mayoría, no sólo porque es la moralidad que enseña la Iglesia establecida sino por la convincente razón de que el Derecho, sin la ayuda de la enseñanza cristiana, fracasaría»¹⁵¹⁶.

4.5. La voz de Devlin resuena con fuerza en la jurisprudencia norteamericana.

Al poco tiempo de pronunciar Devlin su famosa conferencia Macabea, y antes de que su *The Enforcement of Morals* fuera publicado, el profesor de la Universidad de Columbia Louis Henkin, presidente de la Sociedad Americana de Filosofía Jurídica y

¹⁵¹⁵ FEINBERG J., “Some Unswept Debris from the Hart-Devlin Debate”, en *Synthese*, núm. 72, 1987, pp. 249-275.

¹⁵¹⁶ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 73.

Política, ya llegó a pronosticar que la teoría de Devlin sobre la imposición de la moralidad seguramente será adoptada por ciertos jueces de la Corte Suprema estadounidense¹⁵¹⁷.

Efectivamente el vaticinio de Henkin se cumplió. En 1986 la Corte Suprema en el caso *Bowers v. Hardwick* se negó a anular la ley de sodomía homosexual del Estado de Georgia, apoyándose sobre la incuestionable ilicitud moral de las relaciones entre personas del mismo sexo. Al igual que Devlin, el juez White llegó a la conclusión de que nadie estaría de acuerdo en afirmar que la homosexualidad es una buena forma de vida. En *Bowers* se confirmó la constitucionalidad de la ley de Georgia que criminalizaba la sodomía consensuada entre adultos del mismo sexo, al argüir que la Constitución no confería a los homosexuales el derecho a mantener este tipo de relaciones íntimas; y ello porque «no hay conexión entre familia, matrimonio, o procreación, por un lado y la actividad homosexual, por el otro»¹⁵¹⁸. Afirmar que el derecho a participar en tal conducta está profundamente arraigado en la historia y en la tradición de esta Nación o «implícito en el concepto de libertad es, en el mejor de los casos, gracioso»¹⁵¹⁹.

Diecisiete años más tarde, en *Lawrence v. Texas*, con motivo de la impugnación de una ley del Estado de Texas que criminalizaba la homosexualidad, la Corte Suprema declaró la nulidad de la misma por penalizar conductas que entran dentro de la esfera de libertad garantizada por la Decimocuarta Enmienda. El juez Kennedy apreció la equivalencia moral de las relaciones de amor homosexuales y heterosexuales:

«Cuando la sexualidad encuentra una expresión abierta en una conducta íntima con otra persona, la conducta forma un vínculo personal que es más duradero. La libertad protegida por la Constitución permite a las personas homosexuales hacer esta elección (...). Cuando la conducta del homosexual es criminalizada por la ley del Estado, esa declaración en sí misma es una invitación a someter a las personas homosexuales a la discriminación tanto en el ámbito público como en el privado»¹⁵²⁰.

En *Lawrence* se reconoció que «*Bowers* no estaba en lo correcto cuando se decidió, y tampoco lo está en la actualidad»¹⁵²¹. Por ello la Corte Suprema anuló el

¹⁵¹⁷ HENKIN L., “Morals and the Constitution: The Sin of Obscenity”, en *Columbia Law Review*, vol. 63, marzo 1963, pp. 391-414.

¹⁵¹⁸ *Bowers v. Hardwick*, 487 U.S. 186, 191 (1986)

¹⁵¹⁹ *Bowers v. Hardwick*, 487 U.S. 186, 194 (1986)

¹⁵²⁰ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 567 y 575 (2003)

¹⁵²¹ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 578 (2003). Esta afirmación constituye el detonante de la película *El Informe Pelicano*. La posibilidad de que los jueces puedan llegar a estar equivocados el emitir su dictamen y que una sentencia posterior así lo revele, le hizo al profesor Moreso referirse a esta tesis como la “doctrina

precedente fijado en *Bowers* y consideró que los asuntos relativos a las opciones sentimentales de las personas son fundamentales para su libertad individual. Entendió la Corte que las relaciones íntimas comprenden «la libertad de las personas a elegir con quien vivir sin ser castigadas como criminales por ello (...). Basta con que reconozcamos que los adultos pueden optar por iniciar estas relaciones en los confines de sus hogares y de sus propias vidas privadas y aun así conservar su dignidad como personas libres»¹⁵²².

Se entendió que «la libertad presupone una autonomía personal que incluye las libertades de pensamiento creencia, expresión y ciertas conductas íntimas»¹⁵²³. La doctrina que asentaba *Lawrence* no afectaba ni a menores de edad, ni a personas que pudieran ser coaccionadas o que se encontraran en situaciones en las que les fuera difícil negar su consentimiento. Sólo afectaría a «dos adultos que, de mutuo acuerdo, desean mantener contactos sexuales que son habituales en el modo de vida homosexual (...). El Estado no puede degradar su condición, o controlar su destino, haciendo de sus conductas sexuales privadas un crimen»¹⁵²⁴.

La Corte Suprema reconoce a los homosexuales el derecho a adoptar determinadas decisiones que se encuentran dentro de la «libertad de las personas adultas para decidir cómo dirigir sus vidas privadas en asuntos concernientes al sexo»¹⁵²⁵. Al igual que ocurría en el razonamiento del Informe Wolfenden, la Corte no entra aquí a juzgar la corrección de los distintos puntos de vista en torno a la homosexualidad, simplemente aclara que el poder del Estado no se puede utilizar para hacer valer ninguno de ellos:

«Debe reconocerse, por supuesto, que la Corte en *Bowers* estaba enfatizando que durante siglos ha habido voces poderosas para condenar la conducta homosexual como inmoral. Dicha condena ha sido moldeada por creencias religiosas, concepciones del comportamiento sobre lo correcto y aceptable, y el respeto por el modelo de familia tradicional. Para muchas personas, estas no son preocupaciones triviales, sino convicciones profundas y profundamente aceptadas como principios éticos y morales a los que aspiran y que así determinan el curso de sus vidas. Estas consideraciones, sin embargo, no responden a la pregunta que tenemos ante nosotros. El problema es si la mayoría puede usar el poder del Estado para hacer cumplir estos puntos de vista en toda la sociedad a través

Julia Roberts”, ya que la estudiante que la actriz interpreta en la película afirma que los jueces del caso *Bowers* sencillamente estaban equivocados. MORESO J.J., “La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables”, en J.J. Moreso, L. Prieto Sanchís y J. Ferrer Beltrán, *Los desacuerdos en el Derecho*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010, pp. 60, 61 y 62.

¹⁵²² *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 567 (2003)

¹⁵²³ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 562 (2003)

¹⁵²⁴ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 569 (2003)

¹⁵²⁵ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 571 (2003)

de la aplicación de la ley penal. ‘Nuestra obligación es definir la libertad de todos, no imponer nuestro propio código moral’ [*Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 850 (1992)]»¹⁵²⁶.

Las sanciones penales contra las relaciones entre personas del mismo sexo marcaron a los homosexuales, en todas sus relaciones sociales, como seres no diferentes de las bestias o los monstruos. Como observó el juez Kennedy en *Lawrence*, la promulgación de estas leyes revelaba la falta de respeto que la sociedad siente hacia ellos y les inflige un serio menoscabo a su dignidad. Son leyes que «menosprecian las vidas de las personas homosexuales»¹⁵²⁷.

La controversia volvió a aparecer en la jurisprudencia norteamericana en la decisión de 1996 en el caso *Romer v. Evans*. En *Romer*, seis jueces acordaron que el Estado de Colorado no podía crear una clase especial de ciudadanos como serían los homosexuales, y declaró «prohibir toda acción legislativa, ejecutiva o judicial en cualquier nivel del gobierno estatal o local diseñada para discriminar a la clase citada»¹⁵²⁸. Tres jueces, sin embargo, habrían sostenido la constitucionalidad de las disposiciones,

¹⁵²⁶ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 571 (2003)

¹⁵²⁷ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 575 (2003)

¹⁵²⁸ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 624 (1996). En este caso ante la Corte Suprema se produjo un importante cruce de acusaciones entre la profa. Martha Nussbaum, que acudía como testigo experto por parte de los demandantes y que presentó evidencia oral y escrita sobre estudios clásicos en materia de homosexualidad, y los profs. John Finnis y Robert P. George. Martha Nussbaum utilizó en su exposición ante la Corte una gran cantidad de citas de las obras de Platón y Aristóteles para avalar la falta de condena de la homosexualidad en la Antigua Grecia. Además se utilizaron durante el juicio, entre otros, los libros de Sir Kenneth Dover, *Greek homosexuality*, Anthony W. Price, *Love and friendship in Plato and Aristotle*, Liddell-Scott, *A Greek-English lexicon*, John J. Winkler, *The constraints of desire*, y de Gregory Vlastos, *Sócrates, ironist and moral philosopher*. Nussbaum fue acusada de manejar traducciones defectuosas, ediciones desfasadas e interpretaciones tendenciosas que se apartaban del sentido auténtico de las palabras que emplearon los autores y que fueron usadas interesadamente por Nussbaum para su argumentación. El episodio se relata (con ánimo de parte) en FINNIS J., *Derecho, moral y orientación sexual*, op. cit. De ahí entresaco algunas líneas: “En su testimonio oral (el 15 de octubre de 1993) Nussbaum negó drásticamente que el libro de Dover, *Greek Homosexuality*, llegara a la conclusión de que Sócrates condenaba la cópula homosexual. Nussbaum sostuvo que Dover solamente afirmaba que Sócrates condenaba la seducción de estudiantes. Unos días después, el profesor Robert George, profesor e investigador de teoría legal y política en Princeton, presentó evidencia para demostrar que el libro de Dover inequívocamente concluye que Sócrates, retratado por nuestras dos fuentes, Platón y Xenofonte, condenaba la cópula homosexual como tal. La profesora Nussbaum escribió a George, asegurando que eso era falso testimonio, dado en una temeraria desatención a la verdad. Solicitando perentoriamente que George se retractara antes de la clausura del juicio el 22 de octubre de 1993. En esa oportunidad Dover me escribió el 23 de enero de 1994, y me autorizó a citarlo: Ciertamente es mi opinión que el Sócrates de Platón y de Xenofonte, condenaba la cópula homosexual como tal y no limitaba la prohibición a ninguna relación particular. Ciertamente he querido decir eso en la página 159 de mi libro”. Nussbaum sostenía que “la moralidad sexual expuesta al tribunal por Robert George y por mí es puramente teológica, católica e incluso estrictamente tomista en su origen”. La opinión de Finnis y George era clara: “Sócrates, Platón y Aristóteles, consideraban a la conducta homosexual como intrínsecamente vergonzosa, inmoral y ciertamente depravada o depravante. Es decir, los tres rechazaban la parte esencial de la ideología “gay” moderna y su estilo de vida”.

basándose, en parte, en las justificaciones propuestas por Devlin hacía más de treinta años.

El voto disidente de *Romer* escrito por el juez Scalia al que se adhirieron el presidente de la Corte Suprema Rehnquist y el juez Thomas, se basa en gran medida en el argumento de Devlin de que la moral popular no sólo puede, sino que debe, formar parte del Derecho. Esta teoría está firmemente arraigada en la tradición legal conservadora adoptada por Scalia. Después de suponer que la legislación moral no solo es apropiada sino también efectiva, Scalia aprueba expresamente el “ánimo” contra un determinado grupo o clase de personas como base suficiente para motivar la legislación. Lo que plantea la discusión de si el “animus” o la hostilidad hacia un determinado grupo puede considerarse una base apropiada para la ley.

La principal justificación de Scalia para defender su postura (que él soportaba en la segunda Enmienda) es que la “desaprobación moral” o el “animus” constituyen un sustrato adecuado para esta legislación. Ello supone, a juicio de Scalia, la legitimidad de la interferencia del Estado en cuestiones de moralidad y le permite centrarse en la cantidad y calidad del sentimiento popular que se necesita para que el Estado pueda imponer la moralidad¹⁵²⁹. Como ha descrito la profesora Strong, el juez Scalia fue el moderno Lord Devlin:

«En *Romer*, Scalia adopta una posición aún más extrema que Devlin (...). Curiosamente, Devlin requería un nivel de emociones negativas y un consenso común para justificar la imposición de la moralidad mayor que el que propugna Scalia. Por ejemplo, mientras que Devlin requiere la unanimidad de opinión, acompañada de los sentimientos de “intolerancia, indignación y disgusto”, Scalia sostiene que el ánimo, la desaprobación moral y la hostilidad de una mayoría simple pueden ser una base suficiente para la legislación moral. Devlin fue más exigente en su clasificación de las emociones que pueden marcar la acción del Estado. Sólo cuando el sentimiento popular alcanzara el nivel de “la intolerancia, la indignación y el disgusto” podría intervenir la legislación. En contraste, Scalia afirma que se puede usar el estándar objetivo de la tradición y la historia para identificar aquellos comportamientos que pueden ser regulados. Y una vez que cierta conducta ha sido considerada inmoral bajo este análisis histórico, entonces puede ser desfavorecida a perpetuidad»¹⁵³⁰.

¹⁵²⁹ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 644 (1996)

¹⁵³⁰ STRONG S.I., “Justice Scalia as a Modern Lord Devlin: Animus and Civil Burdens in *Romer v. Evans*”, en *Southern California Law Review*, vol. 71, 1997, pp. 14 y 17. Sobre el destacado papel en las últimas décadas del juez Antonin Scalia en la Corte Suprema se puede consultar el reciente estudio de SLOCUM,

Antonin Scalia había llegado a la Corte Suprema de Estados Unidos en 1986 al haber sido propuesto para el cargo por el presidente republicano Ronald W. Reagan. Fue considerado como uno de los pilares del ala conservadora de la Corte Suprema. Tras la sentencia que en 2015 legalizó el matrimonio entre personas del mismo sexo en Estados Unidos¹⁵³¹, Scalia definió el tema de la homosexualidad como una amenaza para la democracia americana. El juez de la Corte Suprema Anthony Kennedy había mostrado en dicha sentencia el parecer de la mayoría aduciendo que la Corte considera que «el derecho al matrimonio en cuanto a elección personal es inherente al concepto de autonomía individual», ya que, al igual que «las opciones sobre la anticoncepción, las relaciones familiares, la procreación y la crianza de los hijos, las cuales están protegidas por la Constitución, las decisiones relativas al matrimonio están entre lo más íntimo que un individuo puede hacer». Todo ello porque, como concluye la Corte, «la naturaleza del matrimonio es que, a través de su vínculo perdurable, dos personas juntas pueden encontrar otras libertades de expresión, intimidad y espiritualidad. Esto es cierto para todas las personas, sea cual sea su orientación sexual»¹⁵³². A lo que Scalia reprendía en su voto particular: «¿Quién iba a pensar que la intimidad y la espiritualidad -sea lo que sea que eso signifique- eran derechos?», y añadía: «Si la intimidad es una libertad, entonces considero que resulta limitada por el matrimonio, no ampliada. Pregúntenselo a un hippie»¹⁵³³. En años anteriores, Scalia había equiparado las leyes que prohíben la sodomía con las del asesinato, y también había defendido que los ciudadanos deberían rechazar «la conducta homosexual en sus compañeros de trabajo, los profesores de sus hijos o sus cuidadores» porque de esta forma «se protegen de un estilo de vida que consideran inmoral y destructivo»¹⁵³⁴.

La amenaza para Scalia no era que las parejas homosexuales pudieran casarse, sino que la Corte Suprema hubiera legislado sobre algo que debería regular cada Estado

B.G. y MOOTZ, F.J. (eds.), *Justice Scalia. Rhetoric and the rule of Law*, University of Chicago Press, Chicago, 2019.

¹⁵³¹ De los nueve miembros de la Corte Suprema, votaron a favor de la sentencia cinco (Anthony Kennedy, ponente, Ruth Bader Ginsburg, Stephen Breyer, Sonia Sotomayor y Elena Kagan), frente a los cuatro jueces restantes que votaron en contra (el presidente de la Corte John Roberts, Antonin Scalia, Clarence Thomas y Samuel Alito). De aquellos nueve, dos fueron designados por Ronald Reagan (Antonin Scalia y Anthony Kennedy), uno por George H. W. Bush (Clarence Thomas), dos por Bill Clinton (Ruth Bader Ginsburg y Stephen Breyer), otros dos por George W. Bush (John Roberts y Samuel Alito), y los dos últimos por Barack Obama (Sonia Sotomayor y Elena Kagan).

¹⁵³² *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. __, 13 (2015), Opinion of the Court.

¹⁵³³ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. __, 8 (2015), Scalia J., dissenting.

¹⁵³⁴ PEREDA C.F., “Las sentencias del juez Scalia”, en *El País*, 14 de febrero de 2016.

de manera individual. Esta postura se basa en la interpretación más literal de la Constitución estadounidense, el llamado “originalismo” del que Scalia se convirtió en máximo defensor y que establece que el texto constitucional no debe ser leído según cambie la sociedad, sino sobre la base de los principios que tenían en mente los Padres Fundadores de la nación. El juez Scalia, en base a una interpretación originalista de la Constitución, había votado sistemáticamente en contra del aborto y de los homosexuales¹⁵³⁵. El juez Neil Gorsuch, claramente conservador, ha sustituido en la Corte Suprema a Scalia tras su fallecimiento (el 13 de febrero de 2016), jurando su cargo el 10 de abril de 2017 a propuesta del presidente Donald Trump. Para sustituir al moderado Anthony Kennedy, Trump también nombró, asegurándose la presencia conservadora en la Corte, a Brett Kavanaugh en octubre de 2018.

¹⁵³⁵ PEREDA C.F., “Así es el juez Antonin Scalia”, en *El País*, 26 de junio de 2015.

CAPÍTULO SÉPTIMO

Hart: Lo íntimo, lo inmoral y lo indecente

Durante los últimos años, incluso en vida del propio Hart, se han publicado numerosas y valiosas contribuciones sobre su trabajo académico, tanto en forma de monografías que estudian en profundidad el *corpus* de sus publicaciones como artículos que se detienen en algún aspecto concreto de su vasta obra. Contamos, por ello, a diferencia de lo que podía ocurrir con Devlin o Stephen, con una gran cantidad de trabajos que han estudiado la teoría del profesor Hart en un grado de detalle superior del que aspira este capítulo. Aquí realizaré un recorrido biográfico de Hart que repasa, por un lado, sus coordenadas vitales más amplias, sus relaciones familiares, su trayectoria profesional y académica así como sus logros intelectuales más notables y, por otro, las circunstancias que rodearon la publicación de la obra *Law, Liberty and Morality* en la que aborda el problema del moralismo legal. A continuación me dedicaré a ahondar tanto en su crítica a Devlin como en su defensa liberal del principio del daño de Stuart Mill.

Justifico de este modo la falta de atención que dedicaré a otros trabajos de Hart, en especial a su primordial *The Concept of Law*, sobre los que ya existen, como decimos, otros y mejores estudios. Hay tal cúmulo de material relevante en torno a Hart que uno apenas puede contabilizarlo. Intentar hacer justicia con un examen exhaustivo de su pensamiento se presenta como imposible en un capítulo como este que sólo pretende ser una aproximación al problema del moralismo legal en la obra de Hart.

1. ALGUNOS APUNTES BIOGRÁFICOS.

Herbert Lionel Adolphus Hart nació el 18 de julio de 1907 en Harrogate, Yorkshire. Fue el tercero de cuatro hijos. Su hermano mayor, Albert, había nacido en 1901; Reggie, en 1902; y su hermana pequeña, Sybil, en 1915. Sus padres, Simeon Hart y Rose Samson, eran judíos descendientes de inmigrantes polacos y alemanes que se habían ido instalando en Londres desde finales del siglo XVIII y principios del XIX. Habían logrado una posición económica relativamente desahogada gracias a los beneficios que le reportó el comercio de tejidos y la confección de ropa¹⁵³⁶.

¹⁵³⁶ LACEY N., *A life of H.L.A. Hart: The nightmare and noble dream*, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 11 y ss. La biografía de la profesora Nicola Lacey ha sido aclamada y criticada por igual: aclamada porque se trata de la más completa biografía personal e intelectual de uno de los filósofos del Derecho más importantes del pasado siglo. Y criticada porque descubre muchos aspectos controvertidos de la vida privada de Hart. La biografía de Lacey, según MacCormick, revelaba de Hart “un nivel asombroso de falta

Creció en el seno de una familia que mantenía su identidad judía ortodoxa. Pero, al mismo tiempo, recibió una educación de inspiración británica que le convertiría en un clásico *Englishman*. Su procedencia judía no le impidió llegar a ser un profesor completamente integrado en la cultura británica y en la élite intelectual oxoniense¹⁵³⁷.

Su educación básica la recibió en el Cheltenham College, «un internado público con una residencia separada para niños judíos»¹⁵³⁸. En su infancia Hart demostró una gran facilidad para «abstraerse de lo que sucedía a su alrededor y para aprender cosas reteniéndolas en su memoria»¹⁵³⁹. Hart no recuerda su paso por Cheltenham como un periodo feliz¹⁵⁴⁰, se sentía «alienado, frustrado y miserable en Cheltenham. Siempre remarcó con vehemencia que sus tres años allí fueron el único período verdaderamente infeliz de toda su vida»¹⁵⁴¹ quizás debido a la disciplina autoritaria con la que se regía el centro, su empeño por el rendimiento deportivo de los alumnos o la falta de conexión con los profesores. Ese sentimiento de tristeza contrastará, radicalmente, con el afecto que Hart encontrará en la Bradford Grammar School «en la que llegó a ser Head Boy y por la que mantuvo un afecto entrañable el resto de su vida»¹⁵⁴². Allí alcanzará calificaciones sobresalientes en cuatro de las seis materias -en Historia, Griego, Latín y Francés-. Hart siempre recordó como el profesor Goddard, seguidor de Otto Spengler, «ensanchó sus horizontes» y le transmitió «su atención por las minucias del lenguaje y el gusto por las generalizaciones, lo que ayuda a explicar su posterior devoción por Bentham»¹⁵⁴³.

Tras su educación básica en Cheltenham College y en Bradford Grammar School, continuó su formación universitaria en el New College de Oxford. Allí ingresó en octubre de 1926 para cursar sus estudios en *Literae Humaniores* -un título que combinaba Griego, Latín, Historia Antigua y Filosofía, conocido como *Greats*-, obteniendo la máxima

de autoestima y de zozobra interior, incluyendo una permanente ambigüedad sexual que derivó en diversas tensiones en sus relaciones conyugales y en las relaciones de Hart con varios de sus amigos”. MACCORMICK N., *H.L.A. Hart*, op. cit., p. 60.

¹⁵³⁷ Isaiah Berlin, su gran amigo y colega en Oxford, se refería a Hart como un “cripto-judío”, a los que Berlin definía como “miembros de familias indudablemente judías pero que no deseaban identificarse como tales en ningún sentido”. DUBNOV A., *Isaiah Berlin. The journey of a jewish liberal*, Palgrave Macmillan, Londres, 2012, p. 55.

¹⁵³⁸ HONORÉ T., “Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992)”, en *Proceedings of the British Academy*, vol. 84, Oxford University Press, Oxford, 1994, p. 295.

¹⁵³⁹ LACEY N., *A life of H.L.A. Hart: The nightmare and noble dream*, op. cit., p. 17.

¹⁵⁴⁰ SUGARMAN D., “Hart interviewed: H. L. A. Hart in conversation with David Sugarman”, en *Journal of Law and Society*, vol. 32, núm. 2, Cardiff University, Cardiff, 2005, p. 269.

¹⁵⁴¹ LACEY N., *A life of H.L.A. Hart: The nightmare and noble dream*, op. cit., p. 18.

¹⁵⁴² LACEY N., *A life of H.L.A. Hart: The nightmare and noble dream*, op. cit., p. 19.

¹⁵⁴³ HONORÉ T., *Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992)*, op. cit., p. 296.

calificación *First Class Honours* en 1929. Su paso por el New College proporcionó a Hart las herramientas intelectuales necesarias para integrarse «en la jerarquía social y educativa de Oxford. Aunque era reservado de carácter, fue vigoroso en la discusión. Su extraordinaria erudición y su familiaridad con algunos de los monumentos arquitectónicos más bellos de Europa le suministraron un elevado rango a su conversación y, al menos en apariencia externa, una confianza social inusual para alguien de su edad y antecedentes»¹⁵⁴⁴. En la Jowett Society -una asociación estudiantil dedicada al estudio de la filosofía, de la que llegará a ser presidente- conoció a Isaiah Berlin, «mi amigo más antiguo y más cercano. Recibimos la educación en filosofía en el New College juntos. Ciertamente, él iluminó los grandes panoramas de los escenarios históricos y metafísicos»¹⁵⁴⁵.

Durante sus estudios universitarios en el New College, Hart conoció a Christopher Cox, que sería algo mayor que él y que había sido nombrado en 1926 -año que ingresa Hart- fellow de Historia Antigua (luego ocuparía un alto cargo en la administración colonial). Hart encontró en Cox no sólo un tutor que inspiró y estimuló su aprendizaje, sino también un confidente y amigo cercano. Fue su amistad con Cox lo que le hizo a Hart desarrollar ciertas inquietudes sobre su orientación sexual que ya siempre le acompañarían. Como revelaría posteriormente en sus diarios, Hart desarrolló inseguridades que formaron el contrapunto de su exitosa vida pública: albergó dudas sobre sus capacidades intelectuales, sociales y emocionales; y sentía una acusada brecha entre su figura pública y la propia percepción que tenía de sí mismo. Tales ansiedades muestran que Hart, aunque fuera considerado como uno más entre los profesores de Oxford, se sintió como un extraño entre todos ellos. El contraste entre el éxito externo y su debilidad interior supuso tensiones que condicionaron el trabajo y relaciones de Hart.

La correspondencia de Hart con sus amigos del New College (principalmente con Douglas Jay, Isaiah Berlin, Christopher Cox, Richard Wilberforce y John Sparrow) refleja relaciones afectuosas, cálidas y con sentido del humor, así como un profundo respeto

¹⁵⁴⁴ LACEY N., *A life of H.L.A. Hart: The nightmare and noble dream*, op. cit., p. 23.

¹⁵⁴⁵ SUGARMAN D., *Hart interviewed: H. L. A. Hart in conversation with David Sugarman*, op. cit., p. 275.

intelectual. A excepción de con Christopher Cox, Hart no acostumbraba a revelar intimidad emocional alguna con nadie¹⁵⁴⁶.

Al acabar su formación en el New College, fue invitado «para solicitar una beca de Historia Antigua en el Jesus College, pero declinó la propuesta. Ya estaba decidido a ser abogado»¹⁵⁴⁷. Como recuerda el propio Hart en una entrevista concedida a Juan Ramón De Páramo, el no haber sido estudiante de Derecho, sino de Historia y Filosofía, no le supuso impedimento para ejercer la profesión de abogado. Como no cursó la licenciatura en Derecho tuvo que habilitarse como abogado después de abandonar la Universidad «mediante un período de tiempo de estudio personal relativamente breve, para superar el, por entonces, no demasiado riguroso examen exigido para ejercer la profesión»¹⁵⁴⁸. Este examen de acceso lo preparó en privado con la ayuda de Charles A. Manning, un tutor excéntrico pero excelente, «‘un sudafricano que creía en el apartheid’ pero que ‘por lo demás era muy agradable’, como Herbert lo expresó más adelante»¹⁵⁴⁹. Recuerda Hart que «leíamos casos prácticos, no libros de texto. Hice los exámenes de Derecho en el Colegio de Abogados e ingresé en enero de 1932»¹⁵⁵⁰.

De 1932 a 1939, Hart ejerció como *Chancery barrister* (abogado dedicado a temas de derecho privado especializado en cuestiones económicas), desempeñando su ejercicio profesional en áreas como el derecho de contratos, las sociedades de gananciales, sucesiones o en asuntos fiscales y tributarios. En el ejercicio de la profesión, coincidió con tres de sus compañeros del New College, sus amigos Richard Wilberforce, que llegaría a ser juez de la House of Lords, Duff Dunbar y John Sparrow, el futuro director del All Souls College¹⁵⁵¹. Hart siempre se había sentido tentado por la idea de convertirse en filósofo y estimaba esa profesión como una forma de vida verdaderamente valiosa.

¹⁵⁴⁶ Cuenta Lacey que “tampoco hay evidencia de que Herbert hubiera tenido relaciones sexuales significativas hasta la primera mitad de la década de 1930. Esta falta de relaciones sexuales podría explicarse simplemente en términos de la cantidad de tiempo que dedicó a su trabajo, y la reserva emocional que mostraba con la mayoría de sus amistades. Ello era, sin duda, hasta cierto punto simplemente producto de la cultura prevaleciente en los años treinta. Herbert había pasado la mayor parte de sus años de formación en ambientes poblados exclusivamente por hombres, y a pesar del cariño por su madre y su hermana, no era sorprendente que se sintiera alejado de las mujeres”. LACEY N., *A life of H.L.A. Hart: The nightmare and noble dream*, op. cit., p. 61.

¹⁵⁴⁷ HONORÉ T., *Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992)*, op. cit., p. 297.

¹⁵⁴⁸ DE PÁRAMO J.R., “Entrevista a H. L. A. Hart”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, Universidad de Alicante, 1989, p. 339.

¹⁵⁴⁹ LACEY N., *A life of H.L.A. Hart: The nightmare and noble dream*, op. cit., p. 40.

¹⁵⁵⁰ SUGARMAN D., *Hart interviewed: H. L. A. Hart in conversation with David Sugarman*, op. cit., p. 270.

¹⁵⁵¹ LACEY N., *A life of H.L.A. Hart: The nightmare and noble dream*, op. cit., p. 46.

Durante su etapa como abogado, de hecho, recibió varias ofertas interesantes para volver a Oxford como profesor. En 1937, «su antiguo tutor, A.H. Smith, le propuso que ocupara la plaza de filosofía del New College que había dejado vacante tras su jubilación H.W.B. Joseph»¹⁵⁵². Declinó la propuesta aduciendo querer dedicarse por completo a su carrera como abogado. Pero los intereses de Hart empezaban a estar escindidos. Lacey muestra la correspondencia entre Hart y su amigo íntimo del New College, Christopher Cox, en las que imagina idílicamente su vida como profesor. En una carta a Cox en 1937, contándole sus dudas sobre si aceptar la oferta de trabajo del New College, Hart le hizo una confidencia muy significativa:

“Soy o he sido un homosexual reprimido (te veo hacer una mueca) y lo sería más (me refiero a que sería más homosexual y estaría menos reprimido) en Oxford”.

Esta fue probablemente la primera vez que Herbert se abrió a uno de sus amigos cercanos sobre sus sentimientos sexuales y, para los estándares de la época, puede considerarse una confidencia notablemente íntima. La confesión «sugiere no solo la profundidad de la propia ambivalencia de Herbert sobre sus sentimientos homoeróticos, sino también su aguda conciencia de los prejuicios sociales contra la homosexualidad (...). Su confesión a Cox revela que el sentido de Herbert de sí mismo como homosexual era un aspecto significativo de su personalidad y sentía que era un factor que condicionaba el desarrollo completo de su vida emocional»¹⁵⁵³.

Durante su etapa como abogado, en 1936 conoció a Jenifer Fischer Williams¹⁵⁵⁴, una funcionaria del Ministerio del Interior hasta 1945, que se incorporaría después de la Guerra como profesora en Oxford (primero en el Nuffield College y luego como *fellow*

¹⁵⁵² LACEY N., *A life of H.L.A. Hart: The nightmare and noble dream*, op. cit., p. 51.

¹⁵⁵³ LACEY N., *A life of H.L.A. Hart: The nightmare and noble dream*, op. cit., pp. 61-62. La carta de Hart a Cox aparece transcrita en la p. 61. La figura de Christopher Cox será determinante en la configuración que hace Lacey de los sentimientos encontrados que experimenta Hart por sus tendencias homosexuales.

¹⁵⁵⁴ Jenifer Hart era la hija de Sir John Fischer Williams y Eleanor Marjorie Hay Murray, su segunda esposa. Los padres de Jenifer amasaron una gran fortuna. Sir John Fischer, era un reconocido abogado internacionalista y autor de numerosos libros. Acostumbraban a viajar continuamente, por lo que la niñez de Jenifer transcurrió entre Londres, Ginebra y París. Lacey la describe como una mujer “de piel clara, pelo rojizo-dorado, de complexión delgada y expresión franca; ella irradiaba vitalidad, determinación, intensidad e inteligencia. Esa intensidad vital, tanto como su belleza física, la hacían excepcionalmente atractiva para los hombres”. LACEY N., *A life of H.L.A. Hart: The nightmare and noble dream*, op. cit., p. 64. Por su parte, Thomas Nagel recuerda a Jenifer como una mujer “hermosa, franca y sexualmente abierta”; que se sentía “atraída por grandes mentes” -Isaiah Berlin o Michael Oakeshott, nos dice, se cuentan entre sus *affaires amouroses*-. NAGEL T., “The Central Questions”, en *London Review of Books*, Vol. 27, núm. 3, Londres, 2005, p. 3. También se puede leer una semblanza de Jenifer en su “Obituary: Jenifer Hart”, en *The Telegraph*. 9 de abril de 2005 (disponible en <http://www.telegraph.co.uk/news/obituaries/1487412/Jenifer-Hart.html>, consultado el 6 de marzo de 2019).

del St. Anne College). A pesar de las dudas que Hart siguió siempre manteniendo sobre su orientación sexual y las dificultades que tuvo que superar la relación en sus comienzos¹⁵⁵⁵, finalmente se casaron en 1941. Tuvieron cuatro hijos, el menor de los cuales sufrió un daño cerebral durante el parto. Fue un matrimonio conocido por «su carácter abierto y algo tempestuoso, pero fue un relación de pareja vitalicia y sostenida por ambas partes frente a las muchas vicisitudes»¹⁵⁵⁶. Quizá la principal vicisitud que padecieron fue la acusación pública que se les hizo de espionaje internacional. Mientras Hart trabajaba en el Servicio de Inteligencia militar, Jenifer era funcionaria del Ministerio del Interior. En los años treinta, ella militó en el Partido Comunista, como muchos otros jóvenes preocupados por el auge del fascismo y la parálisis inicial que mostraban las democracias occidentales. Jenifer narra en su autobiografía que, en 1939, cuando coinciden ambos en sendos cargos, su adhesión al comunismo ya se había desvanecido, y había dejado de mantener contactos con los dirigentes del partido de Stalin en Londres. Nunca ejerció como espía. En los años sesenta saltó la noticia de los espionajes que se habían producido durante la Guerra, y Jenifer (que para ese entonces ya era profesora en Oxford) tuvo que prestar declaración ante el *Security Service* (MI5). Ella sostuvo tenazmente su inocencia¹⁵⁵⁷. La polémica volverá a estallar en 1983 con consecuencias nefastas para el matrimonio.

Como acabamos de comentar, y rechazando la plaza del New College, de 1939 a 1945 Hart se convirtió en funcionario del Servicio de Inteligencia militar, «abandonando la abogacía el mismo día en que Hitler invadió los Países Bajos en junio de 1940»¹⁵⁵⁸. Fue un cargo al que llegó por recomendación de su propia esposa¹⁵⁵⁹. Su trabajo en el

¹⁵⁵⁵ A diferencia de Hart, en 1936 Jenifer ya tenía una vida sentimental desarrollada, y mantenía un noviazgo con su otro gran admirador en ese momento, Guy Chilver. Un año después de su primer encuentro, Hart ya estaba contemplando la posibilidad de casarse con Jenifer. Se pregunta Lacey qué podría haber llevado a Jenifer, una joven experimentada, socialmente segura y políticamente comprometida, y a Hart, un hombre sin experiencia sexual, emocionalmente reservado y considerablemente menos político, a una relación monógama tan rápidamente. Al igual que la mayoría de las relaciones altamente complejas -sugiere Lacey- la suya fue una atracción de opuestos y una unión de mentes, una combinación que resistirá pruebas severas durante los próximos 55 años. La naturaleza de este complejo equilibrio, así como las dudas sobre la orientación sexual de Hart, fueron una constante en la correspondencia entre ambos durante la intensa primera parte de su relación. LACEY N., *A life of H.L.A. Hart: The nightmare and noble dream*, op. cit., pp. 70-82.

¹⁵⁵⁶ MACCORMICK N., *H.L.A. Hart*, op. cit., p. 58.

¹⁵⁵⁷ HART J., *Ask Me No More: An Autobiography*, Peter Halban, London, 1998, pp. 61-79.

¹⁵⁵⁸ SUGARMAN D., *Hart interviewed: H. L. A. Hart in conversation with David Sugarman*, op. cit., p. 272.

¹⁵⁵⁹ Cuenta Lacey que en el verano de 1940 “a Jenifer, que por aquel entonces era la secretaria privada de Sir Alexander Maxwell, el subsecretario de Estado permanente en el Ministerio del Interior, le preguntó el brigadista Jasper Harker, uno de los dos diputados de Sir Vernon Kell, director general del MI5, si conocía

MI5 consistía en «descifrar y explicar el material *Ultra* que emitían los criptógrafos en las comunicaciones del Servicio Secreto Alemán»¹⁵⁶⁰, una labor sin la cual «el desembarco de Normandía no hubiera sido exitoso»¹⁵⁶¹. Durante este periodo, revivió su interés por la filosofía gracias a las conversaciones frecuentes que mantenía con Gilbert Ryle y Stuart Hampshire, filósofos de Oxford, quienes también trabajaron para el Servicio de Inteligencia. Al acabar la Guerra, Hart empezó a dudar si regresar a su profesión de abogado y empezó a darse cuenta de que sus «verdaderos intereses no estaban en la práctica del Derecho, sino en la filosofía»¹⁵⁶². A lo largo de toda su vida Hart reconocerá la importancia que tuvo su formación práctica para su magisterio universitario: «la importancia general de mis ocho años de práctica jurídica para mi posterior trabajo como filósofo del Derecho, consistió principalmente en la adquisición de un conocimiento detallado de algunas ramas del Derecho como objeto de reflexión filosófica, lo que pude llevar a cabo aplicando algunas distinciones útiles y técnicas filosóficas»¹⁵⁶³.

El interés cultivado por los problemas filosóficos, que ya se había iniciado en su etapa universitaria, hace que Hart acepte finalmente la nueva propuesta del New College, que renovó su invitación en 1945 para que se integrara como *fellow* de Filosofía. Tras ocho años de ejercicio profesional y otros ocho en la función pública en el Servicio de Inteligencia, Hart vuelve a la Universidad ahora ya como profesor.

El Oxford de 1945 se encontraba experimentando una auténtica «revolución filosófica que se percibía a un tiempo necesaria e inminente. Las figuras más destacadas eran Gilbert Ryle y J.L. Austin»¹⁵⁶⁴. Su amigo Isaiah Berlin, que ya se había convertido en *fellow* en 1932 en el All Souls College, dominaba el panorama de Historia de las ideas y del pensamiento. Juntos «cambiaron la investigación académica a partir de una orientación estrictamente filosófica: Herbert en *Jurisprudence*, y Berlin en *Intellectual History*. Para ambos, el giro hacia lo que algunos filósofos consideraron un área periférica

a alguien adecuado para reclutar. Ella respondió a Harker el 17 de junio sugiriendo el nombre de Herbert. El 29 de junio Herbert fue a ver a Guy Liddell, el jefe de una de las divisiones del MI5, y el 3 de julio, Herbert firmó su juramento de respetar la Ley de Secretos Oficiales y se puso a trabajar de inmediato en tareas de alta responsabilidad contra el espionaje”. LACEY N., *A life of H.L.A. Hart: The nightmare and noble dream*, op. cit., p. 84.

¹⁵⁶⁰ SUGARMAN D., *Hart interviewed: H. L. A. Hart in conversation with David Sugarman*, op. cit., p. 272.

¹⁵⁶¹ HONORÉ T., *Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992)*, op. cit., p. 299.

¹⁵⁶² DE PÁRAMO J.R., *Entrevista a H. L. A. Hart*, op. cit., p. 340.

¹⁵⁶³ DE PÁRAMO J.R., *Entrevista a H. L. A. Hart*, op. cit., pp. 340-341.

¹⁵⁶⁴ MACCORMICK N., *H.L.A. Hart*, op. cit., pp. 62-63.

de conocimiento, resultó ser un cambio refrescante, incluso liberador»¹⁵⁶⁵. De ahí el género híbrido, entre la ciencia jurídica (por su ejercicio profesional) y la filosofía (por formación y vocación), que siempre caracterizó a la obra de Hart. La familiaridad y amistad entre ambos se estrechó a partir de entonces y nunca dejaron de profesarse un mutuo afecto y un sincero respeto intelectual¹⁵⁶⁶.

A pesar de que Hart aún no había publicado mucho, se le consideraba ya un miembro respetado de la nueva generación de filósofos de Oxford. Lo más sorprendente es que Hart iba a llegar a ocupar una plaza sin apenas publicaciones o sin experiencia previa en la docencia, algo asombroso para las exigencias de ingreso en la Universidad de aquel momento. Y es que «para los estándares de la vida académica contemporánea, la idea de que un simple egresado, sin mayor experiencia académica que esa, consiguiera un puesto permanente como profesor solo una década después de graduarse era inconcebible»¹⁵⁶⁷. Entre 1945 y 1952 Hart tuvo muy poco contacto con los apenas 22 miembros con los que contaba la Facultad de Derecho de Oxford¹⁵⁶⁸. Promocionó rápidamente y en 1952, bajo los auspicios de una comisión formada por F.H. Lawson, Harold Hanbury, C.K. Allen y William D. Ross, ocupó la cátedra que había dejado vacante A.L. Goodhart tras su jubilación como profesor de Filosofía del Derecho. Con su nombramiento como *Chair of Jurisprudence* del University College, Hart aceptó el desafío de -como reconocerá más tarde- «vender filosofía a los juristas»¹⁵⁶⁹.

Realizó sus tareas académicas bajo el estilo de un filósofo entre juristas más que como un jurista con vocación filosófica, como hubiera sido esperable por su ejercicio

¹⁵⁶⁵ LACEY N., *A life of H.L.A. Hart: The nightmare and noble dream*, op. cit., p. 151.

¹⁵⁶⁶ La correspondencia con Isaiah Berlin también deja entrever la especial complicidad entre ambos. Sobre todo fue determinante el ánimo que le infundió Berlin a Hart ante las dudas que siempre mantuvo éste sobre sus capacidades para llegar a ser un buen filósofo. Las cartas pueden leerse en LACEY N., *A life of H.L.A. Hart: The nightmare and noble dream*, op. cit., pp. 116 y ss.; y 156 y ss. Tampoco se puede pasar por alto el *affaire* que mantuvieron Jenifer y Berlin. El romance no fue desconocido por el propio Hart, quién parecía tener “un conocimiento tácito de lo que estaba sucediendo”. Berlin se casaría con su esposa Aline en 1956. Y aunque Jenifer nunca lo consideró un sustituto de Hart, ni disfrutaba de la misma afinidad intelectual que tenía con su esposo, “Berlin le ofreció lo que Herbert ya no podía; porque parece haber conquistado la intimidad sexual de Berlin más decisivamente que la de Herbert. La amistad de Herbert y Berlin siempre estuvo marcada por una cierta ventaja competitiva, y ésta puede haberse visto ampliada por el asunto de Jenifer”. LACEY N., *A life of H.L.A. Hart: The nightmare and noble dream*, op. cit., pp. 177-178.

¹⁵⁶⁷ LACEY N., *A life of H.L.A. Hart: The nightmare and noble dream*, op. cit., p. 114. Al profesor Peces-Barba también le sorprendió esta forma de acceder Hart a la cátedra, lo cual representaba “unos modos de trabajar muy distintos a los de la Universidad española, porque sin duda se le escoge sin un examen y sin demasiadas publicaciones”. PECES-BARBA G., “Prólogo” a DE PÁRAMO J.R., *H.L.A. Hart y la Teoría Analítica del Derecho*, op. cit., p. xvi.

¹⁵⁶⁸ LACEY N., *A life of H.L.A. Hart: The nightmare and noble dream*, op. cit., p. 148.

¹⁵⁶⁹ LACEY N., *A life of H.L.A. Hart: The nightmare and noble dream*, op. cit., p. 151.

profesional previo. Su lección magistral de toma de posesión de la cátedra, dictada el 30 de mayo de 1953, sobre “Definition and Theory in Jurisprudence”¹⁵⁷⁰, en la que anunció el importante papel que estaba llamado a cumplir la nueva filosofía analítica para resolver los viejos problemas sobre la naturaleza de los conceptos del derecho, rápidamente le reportó una sonada reputación.

Hart fue un buen profesor y un exigente director de tesis¹⁵⁷¹. Sus tareas en Oxford eran las propias de cualquier docente universitario, pasando por la impartición de las clases, la investigación, la publicación, la organización de seminarios y la revisión de los avances en las tesis de sus doctorandos¹⁵⁷². Joseph Raz recuerda de forma entrañable su periodo como alumno de Hart: «yo estaba contagiado por la sensación de acontecimiento que sus clases suscitaban, por la expectación con la que los estudiantes de postgrado esperaban oír nuevas ideas sobre temas profundos, por la excitación generada por sus opiniones, por las discusiones que seguían a cada clase»¹⁵⁷³.

Aunque en 1949 se publica el primer artículo de Hart¹⁵⁷⁴, no será hasta 1959 cuando aparezca su primera monografía, junto con A.M. Honoré, *Causation in the Law*¹⁵⁷⁵, un trabajo dedicado a analizar la incidencia que tienen en el Derecho los

¹⁵⁷⁰ HART H.L.A., *Definition and Theory in Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 1953. Hay trad. castellana de Genaro Carrió, “Definición y Teoría de la Ciencia Jurídica”, en *H.L.A. Hart: Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, Depalma, Buenos Aires, 1962, pp. 93-138.

¹⁵⁷¹ Entre otros, Hart dirigió a doctorandos como Herbert Morris, Brian Barry, John Finnis, Vernon Bogdanor, Geoffrey MacCormack, Peter Hacker, Joseph Raz, Vinit Haksar, Ruth Gavison, Stephen Munzer, y Wil Waluchow. Lacey menciona alguno de los problemas a los que tuvo que hacer frente Hart tras su llegada a Oxford y la mala acogida que tuvo entre algunos de sus compañeros que lo consideraron un *outsider*. LACEY N., *A life of H.L.A. Hart: The nightmare and noble dream*, op. cit., pp. 127-131. La enumeración de doctorandos en p. 158.

¹⁵⁷² Algunos testimonios de sus alumnos así lo corroboran. Joseph Raz cuenta que cada semana un doctorando “presentaba un tema sobre el que nos había dado anticipadamente una detallada y anotada lista de textos a leer. En la misma hoja figuraban también una lista de cuestiones a discutir, y el seminario se desarrollaba en este orden con Herbert, cuando era su turno, planteando una pregunta tras otra, tomando en consideración opiniones del auditorio, presentando algunas de sus propias ideas, debatiéndolas con sus colegas y con el auditorio”. RAZ J., “En memoria de H.L.A. Hart”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 13, Universidad de Alicante, Alicante, 1993, p. 28. Robert Summers, que disfrutó una temporada en Oxford trabajando bajo la supervisión de Hart, recordaba que en sus seminarios “insistía siempre mucho en la importancia de pensar sobre un problema y llegar por uno mismo a la solución. Por supuesto, también quería que sus estudiantes leyeran a fondo sobre el problema. No ahorra críticas sobre los trabajos y los esquemas que preparaba y le entregaba antes de nuestras reuniones regulares, pero sin embargo nunca dejaba de combinar la crítica con el ánimo que infundía”. ATIENZA M., “Entrevista a Robert S. Summers”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, Universidad de Alicante, 2000, pp. 767 y 768.

¹⁵⁷³ RUIZ MANERO J., “Entrevista con Joseph Raz”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 9, Universidad de Alicante, 1991, p. 322.

¹⁵⁷⁴ HART H.L.A., “The ascription of responsibility and rights”, en *Proceedings of the Aristotelian Society*, núm. 49, 1949, pp. 171-194.

¹⁵⁷⁵ HART H.L.A. y HONORÉ A.M., *Causation in the Law*, Clarendon Press, Oxford, 1959.

problemas de causalidad. Son los *años dorados* de Hart, como se refiere a este periodo Lacey¹⁵⁷⁶. La insaciable curiosidad de Hart, y su intelecto poderoso y omnívoro, alimentaron durante más de veinte años los mejores debates del siglo XX sobre temas filosóficos y jurídicos¹⁵⁷⁷. Desde los planteamientos de Hart, como ocurriera con los de John Rawls en Filosofía Política, se renovó el ámbito de la Teoría y la Filosofía del Derecho. Un hito en la carrera de Hart fue su primera visita a los Estados Unidos en 1956. A instancias de J.L. Austin, Harvard lo invitó a pasar allí un curso. Fue recibido de manera entusiasta tanto por abogados como por filósofos: «los filósofos pensaron que yo era un abogado excelente y los abogados también pensaron que yo era un excelente filósofo»¹⁵⁷⁸.

Ya en 1961 aparecerá su afamado *The Concept of Law*¹⁵⁷⁹, en el que Hart examinará, con rigor analítico, los conceptos de derecho y ordenamiento jurídico mediante una discusión sobre la forma en que las reglas de conducta humana son usadas como pautas sociales de comportamiento. *El concepto de derecho* se sitúa entre las grandes obras iusfilosóficas del XX, pudiéndose comparar «incluso con las más acabadamente eruditas y agudamente perspicaces del gran jurista austriaco Hans Kelsen. Es una obra de renombre internacional, e incluso sus críticos más aguerridos la han reconocido como una obra maestra»¹⁵⁸⁰.

La refutación de la teoría expuesta por Hart en *El concepto de derecho* originó polémicas académicas de gran provecho. Sobre todo destacó el calado de los debates que mantuvo con sus críticos americanos, Lon. L. Fuller y Ronald Dworkin. El primero achacaba a Hart la ausencia en su teoría de una “moral interna” como elemento intrínseco que tiene todo ordenamiento jurídico¹⁵⁸¹. La famosa distinción de Dworkin entre reglas y

¹⁵⁷⁶ LACEY N., *A life of H.L.A. Hart: The nightmare and noble dream*, Part III: The Golden Age, op. cit., pp. 153 y ss.

¹⁵⁷⁷ HONORÉ T., *Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992)*, op. cit., p. 305.

¹⁵⁷⁸ HONORÉ T., *Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992)*, op. cit., p. 306. Sus viajes a Estados Unidos y las relaciones con los profesores de Harvard se pueden leer en LACEY N., *A life of H.L.A. Hart: The nightmare and noble dream*, op. cit., pp. 179-208. También durante su etapa en Harvard los sentimientos de Hart volvieron a verse trastornados y “la raíz de todo fue, una vez más, la ambivalencia sobre su sexualidad y los sentimientos de bloqueo emocional”. LACEY N., *A life of H.L.A. Hart: The nightmare and noble dream*, op. cit., p. 203.

¹⁵⁷⁹ HART H.L.A., *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961, 2ª ed. 1994 y 3ª ed. 2012 (introd. y notas de Leslie Green, y se acompaña del *Postscript* editado por Penelope A. Bulloch y Joseph Raz). Hay trad. castellana de Genaro Carrió, *El concepto de Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963 (3ª ed. 2009).

¹⁵⁸⁰ MACCORMICK N., *H.L.A. Hart*, op. cit., p. 65.

¹⁵⁸¹ Sobre la polémica Hart-Fuller, sus protagonistas y el contexto histórico en el que se originó, puede leerse LACEY N., “Out of the ‘witches’ cauldron: Reinterpreting the context and re-assessing the significance of the Hart-Fuller debate”, en *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*, Peter Cane

principios tuvo su origen en la crítica que le hizo a Hart por haber descuidado los segundos y en las inconsistencias que presentaba la regla de reconocimiento como cláusula de cierre del sistema jurídico para juzgar la pertenencia de las normas al mismo. La respuesta a Dworkin marcó los posteriores pronunciamientos de Hart (sobre todo, la primera parte de su *Postscript* es una réplica al autor norteamericano). A pesar de las diferencias intelectuales entre ellos, tampoco Dworkin dudó en reconocer lo «poderosa» y «lúcida» que resultó ser la incursión de Hart en la Filosofía del derecho contemporánea¹⁵⁸².

Las inquietudes filosóficas de Hart fueron más allá de la filosofía analítica expuesta magistralmente en *El concepto de derecho*, abarcando además áreas cercanas a la filosofía penal, la justificación del castigo y la teoría de la responsabilidad. Su modo de abordar los problemas jurídicos, haciéndolos conectar con las cuestiones morales y políticas, convierten algunas de las siguientes obras de Hart en publicaciones más cercanas a la teoría de la justicia que a la jurisprudencia analítica. Son contribuciones que, desde una “moral crítica”, muestran la preocupación de Hart por mejorar el Derecho o hacerlo al menos más justo. Al aquí estudiado *Law, Liberty and Morality*, una obra «más de combate» como la calificó Peces-Barba¹⁵⁸³, le seguirán *The Morality of the Criminal Law*¹⁵⁸⁴ y *Punishment and Responsibility*¹⁵⁸⁵.

Tanto en sus publicaciones más analíticas como en estas últimas más críticas, Hart se sirvió del enfoque que le brindaba el utilitarismo liberal y el positivismo jurídico. Las influencias más directas para Hart fueron Jeremy Bentham, el discípulo de éste, John Stuart Mill y John Austin. En el plano de la filosofía analítica, la obra de Hart constituye una reelaboración de las teorías de Bentham y Austin al entender el Derecho como una derivación de la voluntad de un soberano. Su teoría moral, que aquí nos concierne más, bebe en gran parte de Mill al reafirmar la idea de libertad del *On liberty*, añadiendo Hart

(ed.), Hart Publishing, Oxford, 2010, pp. 1-42. Y también recientemente en HART H.L.A. y FULLER L.L., *El debate Hart-Fuller*, present. de Jorge González Jácome, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016.

¹⁵⁸² DWORKIN R., *Los derechos en serio*, op. cit., pp. 31 y 88.

¹⁵⁸³ PECES-BARBA G., “Prólogo” a DE PÁRAMO J.R., *H.L.A. Hart y la Teoría Analítica del Derecho*, op. cit., p. xviii.

¹⁵⁸⁴ HART H.L.A., *The Morality of the Criminal Law*, Oxford University Press, 1965. La obra recoge las dos conferencias de Hart en Jerusalén en el ciclo Lionel Cohen en 1964: “Changing Conceptions of Responsibility” y “The Enforcement of Morality”.

¹⁵⁸⁵ HART H.L.A., *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1968 (2ª ed. 2008 con una introducción de John Gardner).

las peculiaridades propias de un Estado de derecho de mediados del siglo XX y adoptando una filosofía política socialdemócrata. El interés por sus maestros utilitaristas no sólo se revela por la cantidad de artículos que publicó en torno a ellos, sino también por su faceta de editor de sus obras. La edición de 1954 de la obra de Austin *The province of Jurisprudence Determine* la acompañó de un estudio introductorio.

En 1962 Hart fue elegido miembro de la Academia Británica y en 1968 dimitió de su cátedra de Filosofía del Derecho de Oxford, siendo sucedido por el profesor Ronald Dworkin¹⁵⁸⁶. El retiro anticipado de Hart de la cátedra, lo achaca Lacey a una «una pérdida de confianza intelectual y del sentimiento de que no tenía otra contribución original que hacer»¹⁵⁸⁷. Sin embargo, parece que la decisión de su jubilación tuvo más que ver con el deseo de satisfacer diferentes proyectos por los que siempre había sentido una verdadera fascinación y que la vida universitaria le había hecho ir postergando. Como ahora disponía del tiempo necesario se embarcó de lleno en la edición de las obras de Bentham, por quién sentía una profunda admiración dejada ver ya años atrás en distintos trabajos¹⁵⁸⁸. Hart contribuyó a poner en orden la ingente cantidad de manuscritos legados por Bentham que aún estaban prácticamente inéditos y editó, junto con J.H. Burns, tanto *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1970) como *A Comment on the Commentaries and Fragment of Government* (1977) y, como editor único, presentó el *Of Laws in General* (1970).

Mantuvo el cargo que ocupaba en la *Monopolies Commision* del Reino Unido (Comisión reguladora de la competencia y para la detección y sanción de prácticas colusorias). En 1972 fue elegido rector del Brasenose College, cargo que ocupó con agrado hasta 1978, cuando acepta convertirse en *Honorary Fellow* del University College, distinción que ostentó el resto de su vida.

A pesar de su jubilación, Hart permaneció activo en la vida académica. En octubre de 1979 Hart viaja a España por invitación del profesor Gregorio Peces-Barba. El mensaje

¹⁵⁸⁶ Hart se preocupó especialmente por el nombramiento de su sucesor en la cátedra. Aunque Ronald Dworkin era aún un profesor desconocido tanto en Reino Unido como en Estados Unidos, “fue su candidato favorito”. Sin embargo, al comienzo de una amistad cordial le siguió “una mutua incompreensión, y su primera amistad se enfrió considerablemente. Esto fue objeto de especial pesar para Dworkin, cuyos desacuerdos intelectuales con Hart nunca minaron su consideración personal y su respeto sincero por el hombre y el pensador”. MACCORMICK N., *H.L.A. Hart*, op. cit., p. 72.

¹⁵⁸⁷ LACEY N., *A life of H.L.A. Hart: The nightmare and noble dream*, op. cit., p. 297.

¹⁵⁸⁸ LACEY N., *A life of H.L.A. Hart: The nightmare and noble dream*, op. cit., pp. 298-301.

se lo había trasladado un joven Juan Ramón de Páramo que por aquél entonces estaba realizando su estancia de investigación en Oxford con el propio Hart ya que realizaba sobre él su tesis doctoral. En esa ocasión dictó Hart dos importantes conferencias: “Between Utility and Rights”¹⁵⁸⁹ en la Universidad Complutense, y “El nuevo desafío al positivismo jurídico”¹⁵⁹⁰ en la Universidad Autónoma de Madrid. En abril de 1988 Hart vuelve a Madrid¹⁵⁹¹ y asiste como invitado de honor a la *Tanner Lecture* organizada, por primera vez en España, por el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid dirigido por el profesor Gregorio Peces-Barba, dedicada al tema de “La fundamentación de los derechos humanos”.

En el verano de 1982, Christopher Andrew, un *fellow* del Corpus Christi College, había contactado con Jenifer y le preguntó si estaría dispuesta a aparecer en un programa de televisión sobre los servicios de inteligencia británicos de la década de 1930. Andrew estaba interesado en hacer un documental histórico serio y creía que ella era la persona adecuada para ayudar a situar en su justo lugar las simpatías comunistas de muchos intelectuales de aquella década. Jenifer, sintiendo que esto podría ser una contribución importante, y con la esperanza de que su participación le brindara la oportunidad de responder a las acusaciones de espionaje que siempre se le habían imputado, aceptó hacer la entrevista y habló con franqueza de su compromiso con los ideales comunistas así como de las circunstancias que poco a poco erosionaron ese compromiso¹⁵⁹².

La entrevista fue televisada por la BBC en horario de máxima audiencia un 27 de julio de 1983, «precedida por una serie de comunicados de prensa que dieron una visión engañosa y bastante sensacionalista de la contribución de Jenifer»¹⁵⁹³. En 1983 Inglaterra estaba consternada por los continuos escándalos que salían a la luz sobre posibles espías

¹⁵⁸⁹ HART H.L.A., “Between Utility and Rights”, en *The Idea of Freedom. Essays in Honour of Isaiah Berlin*, Alan Ryan (ed.), Oxford University Press, Oxford, 1979, pp. 77-98. También aparecido en *Columbia Law Review*, núm. 79, 1979, pp. 827-846. Hay trad. castellana de M^a Dolores González Soler, Francisco Laporta y Liborio Hierro, “Entre el Principio de Utilidad y los Derechos Humanos”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 58, 1980, pp. 7-28.

¹⁵⁹⁰ HART H.L.A., “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, trad. de Liborio Hierro, Francisco Laporta y Juan Ramón De Páramo, en *Sistema*, núm. 36, 1980, pp. 3-18.

¹⁵⁹¹ De aquel viaje “siempre lo recordaré -señala De Páramo- paseando por las calles de Ávila mientras recitaba, en español, algunos versos de San Juan de la Cruz”. DE PÁRAMO J.R., “Introductory Note”, en *Reading HLA Hart's The Concept of Law*, Luis Duarte D'Almeida, James Edwards y Andrea Dolcetti (eds.), Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 278.

¹⁵⁹² LACEY N., *A life of H.L.A. Hart: The nightmare and noble dream*, op. cit., p. 338.

¹⁵⁹³ LACEY N., *A life of H.L.A. Hart: The nightmare and noble dream*, op. cit., p. 339.

en la clase política. Era el momento propicio para que estallara el escándalo. Hart también se vio rápidamente salpicado por los rumores que siguieron a la entrevista de Jenifer:

«Jenifer se reunió con Simon Freeman, que trabajaba para el diario *Sunday Times*. Freeman le dio a entender que le gustaría escribir un artículo para defenderla. Ella habló con sinceridad sobre su posición en los años treinta. No sabía Jenifer que Freeman estaba grabando la conversación, y se basó en ella para construir, con Barry Penrose, el más dañino de todos los artículos publicados hasta ese momento. En titulares apareció “Yo era un espía ruso, dice la esposa del hombre del MI5”. El artículo incluía varias referencias a Hart, señalando que había trabajado en el MI5 junto a Blunt, lo que implicaba que podría haber conocido las actividades de “espionaje” de Jenifer e insinuaba que él podría haber estado involucrado»¹⁵⁹⁴.

El diario *The Sundays Times* acusó a Jenifer de haber colaborado como espía de la KGB rusa en connivencia con su esposo que, por aquél entonces, era funcionario del Servicio de Inteligencia británico. El famoso periódico insinuó que Hart estuvo involucrado en labores de espionaje en el MI5. Ambos habrían filtrado información desde sus respectivos puestos de trabajo, pasando Hart información confidencial del Servicio de Inteligencia a su esposa y ésta, a su vez, trasladándosela a sus compañeros comunistas desde el Ministerio del Interior¹⁵⁹⁵. Hart, defendido por el abogado Peter Carter Ruck, denunció ante los tribunales al diario por difamación, exigiéndole una retractación completa y una disculpa. Pero a medida que avanzó el pleito «el equilibrio psicológico de Herbert comenzó a vacilar».¹⁵⁹⁶ Sólo se consiguió del *Sunday Times* «un compromiso limitado que implicaba el pago de los costas legales hasta la fecha y la sustitución de la palabra ‘espía’»¹⁵⁹⁷. Aunque Hart en todo momento mantuvo su inocencia, el episodio le supuso un duro golpe para su reputación y para su estado de salud, que se saldó con un colapso mental severo que necesitó de hospitalización y electroterapia.

El escándalo de los “espías de Oxford”, su crisis nerviosa y su tratamiento hospitalario le afectaron negativamente y mermaron su vigor intelectual. En vida aparecieron dos monografías recopilatorias de artículos anteriores: *Essays on Bentham*¹⁵⁹⁸ y *Essays in Jurisprudence and Philosophy*¹⁵⁹⁹. Para ese momento, el impacto de la obra

¹⁵⁹⁴ LACEY N., *A life of H.L.A. Hart: The nightmare and noble dream*, op. cit., p. 339.

¹⁵⁹⁵ NAGEL T., *The Central Questions*, op. cit., p. 3.

¹⁵⁹⁶ LACEY N., *A life of H.L.A. Hart: The nightmare and noble dream*, op. cit., p. 339.

¹⁵⁹⁷ LACEY N., *A life of H.L.A. Hart: The nightmare and noble dream*, op. cit., p. 341.

¹⁵⁹⁸ HART H.L.A., *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1982.

¹⁵⁹⁹ HART H.L.A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983.

de Hart era ya innegable entre toda la comunidad iusfilosófica internacional. Pero Hart no se conformó con su éxito y, lejos de zanjar polémicas con sus críticos, prefirió seguir aprendiendo de las discrepancias que su obra generaba. No emprendió ninguna especulación en su madurez absolutamente nueva. Y aunque llegó a tener una réplica bastante pulida a las críticas de Dworkin, los textos que iba preparando no acababan de convencerle¹⁶⁰⁰. Sus últimos aportes intelectuales son, más bien, reformulaciones de algunos de sus puntos de vista anteriores, sobre todo a partir de las críticas que él estimaba más dignas de respuesta, como las de Lon L. Fuller, Ronald Dworkin, John Finnis o Joseph Raz. Hart, en lugar de ofrecer una respuesta general y completa a todos ellos, prefirió «observar y aprender de un muy instructivo debate en curso, en el cual algunos de los críticos han diferido de otros, tanto como han diferido de mí»¹⁶⁰¹. El *Postscript* puede considerarse, en este sentido, el texto con el que Hart se esforzó hasta su último día para dar respuesta a todos ellos, aunque «su meticuloso perfeccionismo» le impidió dar por concluido un trabajo que se convirtió en póstumo¹⁶⁰².

Recibió la mención de doctor *Honoris Causa* por las universidades de Estocolmo, Glasgow, Edimburgo, Kent, Hull, Cambridge, Chicago, Georgetown, México, Tel Aviv, Harvard y Jerusalén.

En sus últimos años, a pesar de su fatiga física e intelectual, Hart se mostró especialmente sensibilizado con diferentes causas políticas. No sólo continuó dando su apoyo a Greenpeace y Amnistía Internacional, sino que mantuvo su participación en diferentes campañas locales contra el racismo organizadas por Ann y Michael Dummett¹⁶⁰³. Así mismo despertaron en él una gran animadversión las políticas conservadoras desplegadas en Gran Bretaña desde 1979. El gobierno de Thatcher ofendió sus convicciones más puramente liberales y su firme creencia en el igualitarismo. Su mayor indignación tuvo que ver con las políticas sociales que Thatcher adoptó en materia de educación y moralidad sexual. La promulgación de la llamada “Cláusula 28”, que prohibía a los gobiernos locales “promover” o usar fondos para “apoyar” la propagación

¹⁶⁰⁰ La primera parte del *Postscript* constituye la crítica a Dworkin. Anteriormente la réplica de Hart se dejó entrever muy agudamente en la conferencia dictada en la Universidad Autónoma de Madrid, el día 29 de octubre de 1979, y sólo publicada en castellano como “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, op. cit.

¹⁶⁰¹ HART H.L.A., *Postscript*, Penelope A. Bulloch y Joseph Raz (eds.), Oxford University Press, Oxford, 1994. Cito por la traducción, con estud. prelim., notas y bibliografía de Rolando Tamayo y Salmerón, *Post scriptum al Concepto de derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, p. 10.

¹⁶⁰² Ver la Nota de los Editores en HART H.L.A., *Post scriptum al Concepto de derecho*, op. cit., pp. 3-5.

¹⁶⁰³ LACEY N., *A life of H.L.A. Hart: The nightmare and noble dream*, op. cit., p. 355.

de mensajes que defendieran que las relaciones homosexuales tenían el mismo valor moral que las heterosexuales, despertó particularmente la ira de Hart: «Lo odio. Lo detesto. Todo es parte del mundo Thatcher», le dijo a David Sugarman cuando lo entrevistó en 1988¹⁶⁰⁴. Para Lacey, la amenaza a la liberalización de la homosexualidad conmocionaba a Hart de diferentes maneras: «debido a que su rechazo contradecía las políticas liberales a las que él tanto había contribuido; debido a su incómoda sensación de que los argumentos reformistas que él había presentado no se habían llevado lo suficientemente lejos; y, quizás, por su propia sensibilidad homoerótica»¹⁶⁰⁵.

Fue un opositor público y activo de que se le concediera la distinción *Honoris Causa* de Oxford a Margaret Thatcher en 1985, y escribió un elocuente artículo para el *New York Review of Books* en el que defendió el voto abrumador de la *University Congregation's* rechazando la propuesta del *Council* de que el grado se le otorgara. Años más tarde, fue también un férreo oponente de la Guerra del Golfo.

Durante sus últimos años de vida, Hart cultivó los afectos más personales, recibiendo en *Manor Place*, la que fue su casa particular en Oxford desde 1952, a su círculo de amigos más cercano. Su estado de salud emporó notablemente en sus últimos meses. Aunque la zozobra y la angustia sobre la orientación sexual de Hart nunca abandonaron a la pareja, el amor que el matrimonio se profesó se mantuvo hasta el final de sus días¹⁶⁰⁶. Cuenta Lacey que los últimos meses de vida de Hart transcurrieron «entre amigos, música, libros y conversaciones con su familia y con los jóvenes estudiantes graduados que lo sacaban a pasear en su silla de ruedas (...). A pesar de su enfermedad, parecía reacio a rendirse. A medida que su inmovilidad aumentaba, su estado de ánimo se volvía cada vez más sombrío, y pasaba largas horas envuelto en la oscura y melancólica belleza de Schubert y en los tristes últimos cuartetos de cuerda de Beethoven»¹⁶⁰⁷.

Le sorprendió su final mientras dormía, el 19 de diciembre de 1992, a los 85 años de edad. Inmediatamente, familia y amigos se reunieron para organizar un funeral que honrara la vida de Hart respetando sus últimas voluntades. Sus restos descansan en el oxoniense cementerio de Wolvercote. Los recuerdos a Hart llegaron en forma de «cientos

¹⁶⁰⁴ SUGARMAN D., *Hart interviewed: H. L. A. Hart in conversation with David Sugarman*, op. cit., p. 284.

¹⁶⁰⁵ LACEY N., *A life of H.L.A. Hart: The nightmare and noble dream*, op. cit., p. 356.

¹⁶⁰⁶ LACEY N., *A life of H.L.A. Hart: The nightmare and noble dream*, op. cit., p. 358.

¹⁶⁰⁷ LACEY N., *A life of H.L.A. Hart: The nightmare and noble dream*, op. cit., p. 359.

de cartas llenas de tristeza, gratitud y amor de todas las personas con las que Herbert se había encontrado en su larga vida: amigos, colegas, estudiantes, fellows (...). Los homenajes públicos rápidamente empezaron a sucederse. Aparecieron obituarios en todos los principales periódicos de Inglaterra y en la prensa de varios países»¹⁶⁰⁸. Así lo recordaba Juan Ramón de Páramo en su *In Memoriam*:

«Hart representa lo mejor de la tradición universitaria anglosajona, aunque nunca fue conservador ni conformista, sino todo lo contrario: gran parte de las reformas estatutarias progresistas del campus de Oxford se deben a su implacable voluntad de cambio de las instituciones y de las normas discriminatorias. Sus cualidades personales en el trato, su atención amable hacia sus alumnos y su falta de arrogancia ante las críticas le convertían en una persona realmente entrañable, personalidad que no es frecuente encontrar en la Academia. Hart era el profesor de Oxford de toga envejecida -en Oxford, existe una verdadera competición por quién lleva la toga más deteriorada-, de paseo en bicicleta -por cierto, con el paraguas atravesado en posición horizontal, lo cual le hacía convertirse en una peligrosa amenaza- y de vida inmersa en la comunidad universitaria»¹⁶⁰⁹.

A día de hoy se siguen realizando tributos en honor a Hart en muchas universidades del mundo, se hacen publicaciones y seminarios para homenajearle y su obra se sigue estudiando en cualquier Facultad de Derecho. Son innegables sus grandes contribuciones, su decidida apuesta por unir la Filosofía del Derecho a los valores de la mejor tradición liberal, su personalidad increíblemente culta y sus cualidades personales distintivamente afables. Pero todos estos méritos no hacen olvidar que también Hart fue un hombre que «luchó por superar la depresión, que no resolvió de forma completa su sexualidad, ni su origen judío, que tuvo volátiles cambios entre la confianza intelectual y la inseguridad, y que guardó inconfesables secretos emocionales que le acompañaron toda su vida»¹⁶¹⁰.

Desde luego que estos aspectos no ensombrecen el legado de Hart. Todo lo contrario, humanizan y engrandecen la figura de quién reformó la Filosofía del Derecho para siempre.

¹⁶⁰⁸ LACEY N., *A life of H.L.A. Hart: The nightmare and noble dream*, op. cit., pp. 359-361.

¹⁶⁰⁹ DE PÁRAMO J.R., “H. L. A. Hart: In Memoriam”, en *Derechos y Libertades*, núm. 2, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1994, p. 16.

¹⁶¹⁰ LACEY N., *A life of H.L.A. Hart: The nightmare and noble dream*, op. cit., p. 363.

2. HART Y SU CRÍTICA AL MORALISMO LEGAL.

La respuesta crítica del profesor H.L.A. Hart a las tesis de Devlin tiene origen en sus tres conferencias, en el ciclo *Harry Camp*, de la Universidad de Stanford en el año 1962, recogidas posteriormente en su trabajo titulado *Law, Liberty and Morality*¹⁶¹¹. Tras un primer viaje a Harvard en 1956, Hart disfrutará de un nuevo año sabático en septiembre de 1961 en la Facultad de Derecho y en el Departamento de Filosofía de la Universidad de California, Los Ángeles (UCLA).

Recordemos que Devlin había dictado su conferencia *Morals and the Criminal law* ante la Academia Británica el 18 de marzo de 1959. El hecho de que los asuntos abordados por Devlin «tuvieran una relación específica con un tema con el que él tenía una profunda empatía personal probablemente estimuló a Hart para rebatirle públicamente»¹⁶¹² y en julio de 1959 concedió una conferencia, “Immorality and Treason” retransmitida por la radio de la BBC. El texto sería publicado posteriormente en *The Listener*. Dicho trabajo, reconocería el propio Hart con satisfacción, fue uno «de los mejores que jamás haya escrito»¹⁶¹³.

Un dato que no conviene pasar por alto, cuya veracidad ya sólo podrá ajustarse a conjeturas e hipótesis, es el que al respecto de esta obra relata el buen conocedor de Hart en primera persona Neil MacCormick:

«Muchos lectores habían pensado, de hecho yo lo había pensado -reconoce MacCormick-, que Hart había escrito su muy influyente *Law, Liberty and Morality* bajo una actitud de profunda, aunque distante, simpatía con aquellos cuya tendencia y actividad sexual eran puestas en la picota por la moral popular y denunciadas como delictivas por el Derecho (...). Incluso los mejores tienen sus puntos de vulnerabilidad, quizás especialmente los mejores. Pero todos tenemos nuestros dragones privados que combatir y una vida como la de Hart puede animar a cualquier lector a

¹⁶¹¹ El germen de estas conferencias se remonta al artículo HART H.L.A., “Immorality and Treason”, en *The Listener*, 30 de julio de 1959, pp. 162-163; este artículo también se recoge en DWORKIN R. (ed.), *The Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1977, pp. 83-88 (hay traducción de Javier Sáinz de los Terreros, “Inmoralidad y Alta Traición”, en *La Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, 1ª ed. 1980 y 2ª. ed. 2014, pp. 191-200); y en BLOM-COOPER L.J. (ed.), *The literature of the law: an anthology of great writing in and about the law*, Bodley Head, London, 1961. Posteriormente Hart amplía aquél texto para sus tres conferencias Harry Camp, que son las que se recogen en HART H.L.A., *Law, Liberty and Morality*, Oxford University Press, Reino Unido, 1963. Citaré por la traducción al castellano y estud. preliminar de Miguel Ángel Ramiro, *Derecho, Libertad y Moralidad*, Dykinson, Madrid, 2006.

¹⁶¹² LACEY N., *A life of H.L.A. Hart: The nightmare and noble dream*, op. cit., p. 221.

¹⁶¹³ SUGARMAN D., *Hart interviewed: H. L. A. Hart in conversation with David Sugarman*, op. cit., p. 284.

convencerse de que, por fieros que sean los dragones personales de uno, buena parte de lo que de verdad es valioso puede ser alcanzado si somos capaces de mantenerlos a raya, ó al menos parcialmente domesticados»¹⁶¹⁴.

Lo que sí es cierto es que la emisión en la BBC y la publicación en *The Listener* de inmediato despertaron una gran atención, convirtiendo a Hart en un mediático profesor. A diferencia de varios colegas suyos, incluido Freddie Ayer, «Hart no se asoció públicamente con la Campaña en favor de la Reforma de la Ley Homosexual, algo de lo que se arrepentiría más adelante. Pero ello no evitó que los miembros del movimiento recuerden que el artículo de Hart en *The Listener* era “lo más parecido que teníamos a un manifiesto”. Sus argumentos se convirtieron en la piedra angular de un amplio debate sobre los límites adecuados del poder del Estado, un debate que iba a cobrar impulso a medida que los cambios sociales de los años sesenta empezaran a colarse en la agenda pública»¹⁶¹⁵.

A lo largo de las tres conferencias de Stanford, Hart argumentó, en contra de Devlin y del juez victoriano y penalista James Fitzjames Stephen, que los Estados democráticos no tienen derecho a imponer estándares morales a través de las leyes buscando el propio bien de los individuos. La mera creencia de que, por ejemplo, cierto tipo de actividad sexual es inmoral no es suficiente para justificar su prohibición. Con la excepción de algunos casos donde la legislación paternalista pudiera estar justificada, el Estado debe respetar la libertad individual tanto como sea posible, interviniendo sólo para castigar al que cometa daños, no al que despierte sentimientos de disgusto.

Hart trata de averiguar si «el hecho de que cierta conducta sea inmoral, según los estándares comunes, es suficiente para justificar que esa conducta sea punible por el Derecho»¹⁶¹⁶. Como ya había anunciado el Informe Wolfenden y rebatido Devlin, los actos inmorales no pueden convertirse deliberadamente en delitos. Hart se colocará del lado del Informe y de una larga tradición doctrinal que se remonta a Stuart Mill para defender que las personas sólo podrán ser castigadas por el Estado cuando su inmoralidad afecte de alguna manera relevante a terceros. Si no se produce ningún tipo de daño a otros,

¹⁶¹⁴ MACCORMICK N., *H.L.A. Hart*, op. cit., pp. 60-61.

¹⁶¹⁵ LACEY N., *A life of H.L.A. Hart: The nightmare and noble dream*, op. cit., p. 221.

¹⁶¹⁶ HART H.L.A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, op. cit., p. 99.

los individuos son libres de realizar su plan de vida sin la intromisión del Estado o la sociedad.

La cuestión no es acerca de si el Derecho es un instrumento adecuado para hacer valer las pautas morales. Algo que Hart habría contestado afirmativamente. Hart no desconoce que entre el Derecho y la moral existan puntos de encuentro y conexiones puntuales, pero afirma que ambas esferas están separadas conceptualmente. Al afirmar la separación conceptual o necesaria entre el Derecho y la moral y reconocer sólo la existencia de ciertas coincidencias contingentes, Hart está trasladando la pregunta al plano de «qué tipo de moral ha de imponer el Derecho y qué parte de esa moral ha de ser impuesta»¹⁶¹⁷.

Recordemos que la tesis de la separación conceptual del Derecho de la moral tiene importantes consecuencias para la teoría de las fuentes sociales del Derecho de Hart. No tenemos que remontarnos aquí a toda su explicación, pero sí es necesario retener que, para Hart, la existencia del Derecho depende de que haya «alguna forma de práctica social que incluya a los jueces y a los ciudadanos ordinarios, y ésta práctica social determina lo que en cualquier sistema jurídico dado son las fuentes últimas del Derecho o criterios últimos o test últimos de validez jurídica»¹⁶¹⁸. Este test último, recordemos, no era otro que la *regla de reconocimiento*¹⁶¹⁹ que «impone un deber sobre los jueces de considerar ciertas características específicas como identificadores de los standards jurídicos que deben aplicar en la decisión de los casos»¹⁶²⁰. Estos identificadores podían ser formales cuando atendieran a su origen o pedigrí (como, por ejemplo, por su promulgación por un legislador o su práctica consuetudinaria durante un suficiente período de tiempo). Pero también podían ser identificadores materiales que, por su contenido, «fueran tomados en cuenta como parte del criterio de validez jurídica. Tal referencia al contenido de los principios podría ser realizada en términos generales, por ejemplo, como principio de moralidad o de justicia»¹⁶²¹. Son este tipo de estándares materiales los que revisten especial importancia para la cuestión del moralismo legal.

¹⁶¹⁷ MALEM J., *Estudios de Ética Jurídica*, op. cit., p. 54.

¹⁶¹⁸ HART H.L.A., *El nuevo desafío al positivismo jurídico*, op. cit., p. 5.

¹⁶¹⁹ HART H.L.A., *El concepto de Derecho*, op. cit., pp. 125-137.

¹⁶²⁰ HART H.L.A., *El nuevo desafío al positivismo jurídico*, op. cit., pp. 7-8.

¹⁶²¹ HART H.L.A., *El nuevo desafío al positivismo jurídico*, op. cit., p. 8.

Que un principio de moralidad pueda servir de identificador o estándar para determinar la validez jurídica de una norma no significa, para Hart, que cualquier norma de moralidad social entrañe un valor tal que justifique su imposición legal¹⁶²². Ello nos remite, como veremos, al ‘contenido mínimo del Derecho natural’¹⁶²³.

Cuando Hart analiza la postura de Patrick Devlin la compara con la que mantiene James Fitzjames Stephen en su *Liberty, Equality and Fraternity*, pues «aunque un siglo separa a estos dos autores, la similitud en el tono general y, algunas veces, en los detalles de sus argumentos es muy grande»¹⁶²⁴. Ambas tesis se distinguirían según su grado de moderación, siendo la de Stephen más extrema. Para Hart, la postura de Patrick Devlin es moderada porque su razón última para justificar la imposición de la moral social es el daño que indefectiblemente se causará a la sociedad. Así, cuando se viola un principio moral se produce una ofensa contra la sociedad. Por el contrario, la postura de Stephen es extrema ya que lo que justifica la imposición no es el principio del daño sino el rechazo a la inmoralidad de un acto en sí mismo¹⁶²⁵. La fórmula que propone Hart para diferenciar una postura de la otra se contiene en dos preguntas: (i) ¿daña a alguien el acto con independencia de su repercusión sobre la moralidad compartida de la sociedad?; (ii) ¿afecta este acto a la moralidad compartida y por ello se debilita la sociedad? La tesis moderada exige para justificar el castigo «una respuesta afirmativa al menos a la segunda pregunta. La tesis extrema no exige respuesta afirmativa a ninguna de ellas»¹⁶²⁶.

Las consecuencias sociales, jurídicas y políticas que pueden tener posturas como las de Devlin y Stephen motivaron que Hart reaccionase en contra de ellos, ya que «del hecho de que la sociedad condene moralmente determinadas conductas no se deriva la justificación de su prohibición»¹⁶²⁷. Defender que todos los elementos de la moralidad

¹⁶²² HART H.L.A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, op. cit., p. 157.

¹⁶²³ HART H.L.A., *El concepto de Derecho*, op. cit., pp. 239-247.

¹⁶²⁴ HART H.L.A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, op. cit., p. 110. De hecho, el propio Devlin también se hace eco de tal coincidencia, señalando ya desde el prefacio de su *The Enforcement of Morals* que “en ese momento (1959) desconocía que este tema ya había sido analizado por el juez Stephen en su obra *Liberty, Equality and Fraternity*, publicada en 1873”. DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 41. Y, posteriormente, en un trabajo titulado *Moral y realidad social contemporánea*, recogido en el último capítulo del citado libro y que es el texto de una *reading party* sobre Derecho y moral leído en Cumberland Lodge, Windsor, el 20 de abril de 1964, señala Devlin que tanto Stephen como él a duras penas pueden “reivindicar status doctrinal, pero se han fijado en nosotros porque, tal y como lo expresa Hart, pese que sus argumentos son en algunos puntos confusos, ciertamente merecen el cumplimiento de la oposición racional”. DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 175.

¹⁶²⁵ HART H.L.A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, op. cit., pp. 136-137.

¹⁶²⁶ HART H.L.A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, op. cit., pp. 137-138.

¹⁶²⁷ DE PÁRAMO J.R., *El moralismo legal contraataca*, op. cit., p. 573.

positiva deben traducirse en normas penales supondría, cuanto menos, un serio menoscabo a la autonomía de las personas, ya que «el derecho prima facie a legislar contra la inmoralidad y el valor de la libertad individual se anulan mutuamente. Uno u otro deben ceder, y para Devlin es de hecho la libertad individual la que cede»¹⁶²⁸.

De los problemas que entraña la tesis de la desintegración social de Devlin, basada en una verdad categórica o por necesidad, ya nos hemos ocupado en su capítulo. A este respecto, «no está del todo claro -duda Hart- que para Devlin la afirmación de que la inmoralidad pone en peligro o debilita la sociedad sea una afirmación de carácter empírico. Parece que, en ocasiones, es una asunción *a priori* y, en otras ocasiones, es una verdad necesaria y extraña. La prueba más importante de que esto es así es que, dejando a un lado una referencia vaga a la *historia* que demuestra *que la pérdida de los lazos morales a menudo es el primer paso hacia la desintegración*, no presenta evidencia alguna que demuestre que la desviación de la moralidad sexual aceptada, incluso por adultos en privado, sea algo que, como la traición, amenace la existencia de la sociedad»¹⁶²⁹.

Según Hart, ni Stephen ni después Devlin habrían ofrecido razones congruentes que convencieran de que la no observancia de los cánones morales conduce al deterioro de la sociedad. La analogía entre inmoralidad -en concreto, inmoralidad sexual privada- y traición -o actividad subversiva- es analizada por Hart y rechazada por absurda:

«Es grotesco -dice él-, aun cuando la repulsa moral de la homosexualidad alcance la intensidad aludida, considerar el comportamiento homosexual de dos adultos en privado semejante en algún sentido a la traición o la sedición por su intención o efectos. Podemos hacer que se *parezca* a la alta traición únicamente si suponemos que la desviación de un código moral general lo afecta necesariamente, provocando no sólo su modificación, sino su destrucción. La analogía podría empezar a ser plausible solamente si estuviera claro que la delincuencia contra este aspecto de la moralidad es capaz de poner en peligro toda la estructura social. Tenemos, sin embargo, pruebas sobradas para creer que ninguna persona abandonará la moralidad (...) simplemente porque no esté penada por la ley alguna práctica sexual privada que abomine. Siendo así, la analogía con la alta traición es absurda (...). Realmente, es posible que la desviación de la moralidad sexual general, por parte de aquellos cuyas vidas, como las de muchos homosexuales, son honorables y en los demás aspectos ejemplares, lleve a lo que Sir Patrick llama la variación de los límites de la

¹⁶²⁸ TEN C.L., "Crime and Immorality", en *Modern Law Review*, vol. 32, 1969, p. 656.

¹⁶²⁹ HART H.L.A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, op. cit., p. 138.

tolerancia. Si esto guarda alguna analogía en la esfera del poder público, no es con el derrocamiento del orden político, sino con su pacífica transformación»¹⁶³⁰.

Lo que los moralistas no habrían llegado a demostrar es la correlación necesaria que se produce entre dichos daños y la desintegración de la sociedad. En opinión de Hart, «si la existencia continuada de una sociedad significaba vivir según un código moral compartido, entonces la preservación de un código moral es necesario lógicamente pero no necesario casual o contingentemente para la existencia continuada de la sociedad»¹⁶³¹. Es más, una sociedad, si la definimos como una forma o tipo de vida social como en la que Devlin está pensando, puede cambiar o ser sucedida por diferentes formas de vida en la sociedad «sin que en ningún momento esos fenómenos puedan describirse como ‘desintegración’»¹⁶³². Sin duda, diría Hart, se debe estar de acuerdo «en que un consenso de opiniones morales sobre ciertas materias es imprescindible para que la sociedad en que vivimos merezca tal nombre», pero ello «no significa que todos los hechos a que corresponden los vetos morales de la moralidad aceptada tengan la misma importancia para la sociedad; ni hay la menor razón para considerar que la moralidad es una red inconsútil, que se haría pedazos, arrastrando consigo a la sociedad, a no ser que todas sus enfáticas prohibiciones fueran impuestas por la ley»¹⁶³³. Trata de aclarar Hart que las violaciones de la moral positiva no abocan indefectiblemente a la desintegración de la sociedad. Como señala Ramos Pascua, «lo que Hart no se halla dispuesto a reconocer es que el respeto a la denominada moral privada sea tan esencial para el mantenimiento de la sociedad que la violación de sus principios ponga en peligro su propia existencia»¹⁶³⁴.

En cambio, Hart no llega a rechazar claramente la tesis de la conservación, ya que él mismo afirma que «la proposición aceptable de que alguna moralidad compartida es esencial para la existencia de cualquier sociedad (...) podría incluso aceptarse como una verdad necesaria más que como una verdad empírica»¹⁶³⁵. Russell Hittinger entendió que ni Devlin ni Hart terminan de aclarar si el problema de la supervivencia de la sociedad es meramente instrumental (como lo sería para Hart) o es el fin último (para Devlin) de la

¹⁶³⁰ HART H.L.A., *Inmoralidad y Alta Traición*, op. cit., pp. 197-198.

¹⁶³¹ HART H.L.A., “Social Solidarity and the Enforcement of Morality”, en *University of Chicago Law Review*, vol. 35, 1967, p. 3.

¹⁶³² HART H.L.A., *Social Solidarity and the Enforcement of Morality*, op. cit., p. 3.

¹⁶³³ HART H.L.A., *Inmoralidad y Alta Traición*, op. cit., pp. 195-196.

¹⁶³⁴ RAMOS PASCUA J.A., *Promoción activa e imposición de la moral. Examen de la postura de H.L.A. Hart*, op. cit., p. 458.

¹⁶³⁵ HART H.L.A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, op. cit., p. 139.

imposición de la moralidad. La imposición de la moral para Devlin quedaría justificada por la sola necesidad de que la sociedad sobreviviera. En cambio, para Hart, como veremos, la imposición de determinados “valores formales” tendría que ver con el mínimo moral que toda sociedad debe compartir para que se mantenga. Pero para ambos, alega Hittinger, el problema de la supervivencia de la sociedad (entendida como desintegración para Devlin o como conservación para Hart) es el centro del debate, de tal modo que «siempre hay una cierta coincidencia entre la ley y la moral que se necesita para la supervivencia, aunque no conozco ninguna cultura legal concreta que reduzca el problema de la imposición de la moralidad al bien primordial de la supervivencia»¹⁶³⁶.

Cualquier legislador sería capaz de prohibir todos aquellos actos realizados por un grupo social, minoritario o diferenciado, simplemente porque los considerase inmorales o indecentes. No se pararía a pensar si el comportamiento que censura afecta a la vida privada de las personas, o si éstas fueran adultas o si hubieran dado su consentimiento. Simplemente lo prohibiría como respuesta a la repulsa que le produce el saber que dichas conductas se están realizando. Lo que le produce verdadera irritación al legislador, como subraya Riddall, es saber que otros se están arrojando a la inmoralidad:

«Este es el núcleo de la tesis de Hart: tenemos derecho a estar protegidos de la consternación que pueda causar saber que se están haciendo ciertas cosas en privado. Una persona que reconoce el valor de la libertad individual no puede admitir el derecho a estar protegido de la consternación que es inseparable del conocimiento de que otros están actuando de forma que consideremos incorrecta»¹⁶³⁷.

Los moralistas como Devlin temen que la relajación en las costumbres morales de una sociedad conduzca a su desintegración. Esta identificación entre ‘moral’ y ‘existencia social’ es rechazada por Hart, planteando en este punto una aguda sugerencia:

«Si una sociedad principalmente se dedicase a la cruel persecución de una minoría racial o religiosa, o si las medidas incluyeran horribles torturas, es defendible que aquello que Lord Devlin denomina la ‘desintegración’ de tal sociedad sería moralmente mejor que su existencia y no deberían adoptarse medidas para preservarla»¹⁶³⁸.

¹⁶³⁶ HITTINGER R., *The Hart-Devlin debate revisited*, op. cit., p. 50.

¹⁶³⁷ RIDDALL J.G., *Jurisprudence*, Butterworth, Reino Unido, 1991. Cito por la traducción al castellano de Ángela Ackermann y Jorge Malem, *Teoría del Derecho*, Biblioteca Económica Gedisa, Barcelona, 2008 (3ª ed.), p. 249.

¹⁶³⁸ HART H.L.A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, op. cit., p. 112.

La reacción de Hart, ampliamente deudora de la tesis de John Stuart Mill, se basa en que ciertos comportamientos privados de personas adultas que consienten en realizarlos no subvierten el orden público, por lo que el Derecho no debería regularlos más allá del simple permiso *débil*¹⁶³⁹. Patrick Devlin aboga por que la imposición de los principios morales se haga mediante una legislación positiva, esto es, dictando normas jurídicas, ya que, en su opinión, en asuntos de moralidad, la legislación negativa es especialmente difícil porque la relajación se entiende que implica aprobación.

Sin embargo, podría haber quien disintiera de esta equivalencia alegando que «las cómodas identificaciones: pena significa desaprobación moral; la falta de pena, aprobación moral, son ambas falsas»¹⁶⁴⁰. En la mayoría de las ocasiones la equivalencia no se cumple, y el no condenar una conducta no quiere decir que se esté mandando a la sociedad un mensaje de aprobación. El resto de la comunidad puede seguir entendiendo que el comportamiento es reprochable pero no podemos obligar «a otros a actuar según fines que no pueden compartir, y que no podemos justificar ante ellos en términos objetivos, produciéndose una violación particularmente seria de la condición kantiana según la cual debe tratarse a la humanidad no sólo como un medio, sino también como un fin»¹⁶⁴¹. Es por ello que la justificación de la coerción debe satisfacer criterios especialmente rigurosos. Está claro, reconoce Hart parafraseando a Mill, que «nadie es una isla: lo que un hombre hace en privado, si llega a conocimiento de otros, puede

¹⁶³⁹ Para Ramos Pascua restaría un problema por resolver: “el de qué debería hacerse con aquellas prácticas inmorales que causan unos daños inferiores a los que provocaría su represión mediante el Derecho (...). Creemos que tampoco sería deseable concederles, a través de su plena autorización, una especie de patente de corso, que se apoyaría en la tendencia natural a creer que la inmoralidad no perseguida por el Derecho estaría de algún modo legitimada y tutelada por él. Se apoyaría, dicho en otras palabras, en la tendencia a pensar que el Derecho ‘o condena o condona’ y que, por tanto, allí donde se rehúsa reprimir jurídicamente una inmoralidad, se genera una especie de derecho subjetivo a incurrir en ella. No parece descabellado suponer que la creencia expuesta determinaría un aumento notable de las infracciones a esos principios morales no impuestos por el Derecho”. Tal efecto y el deterioro consiguiente de ese sector de la moralidad “ocurriría siempre que la inmoralidad no recibiera respuesta jurídica alguna”. RAMOS PASCUA J.A., *Promoción activa e imposición de la moral. Examen de la postura de H.L.A. Hart*, op. cit., p. 465.

¹⁶⁴⁰ PATZIG G., *Ética sin metafísica*, op. cit., p. 21. Para destruir esa pretendida equivalencia, Patzig utiliza el ejemplo de la equiparación jurídica de los hijos ilegítimos con los legítimos: se alegaría que “de esta manera se violaba la obligación fundamental del Estado de proteger especialmente el matrimonio y la familia. Al eliminar todas las diferencias, la disolución de la moral sería la consecuencia. Aquí se olvida que los hijos, de cuya equiparación se trata, no son responsables de haber nacido fuera o dentro del matrimonio. Se olvida, además, que la institución del matrimonio no puede ser propiciada, planteando problemas a los nacidos fuera del matrimonio. Se olvida, en tercer lugar, que el legislador, al reducir los inconvenientes jurídicos de los hijos ilegítimos, no expresa para nada una opinión positiva o negativa con respecto a la conducta de los padres, desde un punto de vista moral”, p. 21.

¹⁶⁴¹ NAGEL T., “Moral Conflict and Political Legitimacy”, en *Philosophy and Public Affairs*, otoño 1987, pp. 215-240. Cito por la traducción al castellano de José Luís Colomer, “Conflicto Moral y Legitimidad Política”, en *Derecho y Moral. Ensayos analíticos*, J. Betegón y J.R. de Páramo (eds.), Ariel, Barcelona, 1990, p. 104.

afectarles de muy diversas maneras»¹⁶⁴². Lo que se tendrá que observar con cuidado es si esta forma de afectar a los otros requiere ser protegida por el Derecho, si sus sentimientos deben ser tomados en cuenta por el legislador y si tal indignación es suficiente para activar el mecanismo del reproche penal.

La oposición de Hart a las tesis del moralismo legal, ya sea en su versión moderada o extrema, se puede exponer en bloques temáticos. En el primero Hart niega la existencia de una única moral social, se opone a su imposición coactiva porque su preservación no es algo bueno en sí mismo, y rechaza que la sociedad pueda definirse en función de una serie de valores morales; en el segundo niega que la violación de algunas normas de la moral social puedan dañar a terceras personas o destruir a la sociedad; en el tercero limita el uso del Derecho por el perjuicio que su injerencia indebida puede causar; y en el cuarto destaca los ataques que se realizan a la propia idea de moralidad¹⁶⁴³.

2.1. No existe una única moral social.

Hart, en primer lugar, admite la existencia de una moralidad común, formada por unos valores *formales* (que podrían reconducirse a su denominado ‘contenido mínimo del Derecho natural’), que es esencial para la sociedad y que debe preservarse:

«Sin tal contenido las normas jurídicas y la moral no podrían llevar a cabo el propósito mínimo de supervivencia que los hombres tienen al asociarse entre sí. En ausencia de ese contenido, los hombres, tales como son, no tendrían razón alguna para obedecer voluntariamente ninguna regla, y sin un mínimo de cooperación voluntariamente prestada por quienes advierten que va en su interés someterse a las reglas y conservarlas, sería imposible coaccionar a quienes no las acatan voluntariamente»¹⁶⁴⁴.

Aunque admita que ese mínimo consenso moral es necesario para la pervivencia de toda comunidad y que debe estar garantizado mediante el uso del Derecho, Hart niega que pueda incluirse en él un conjunto de normas y principios morales *materiales* que constituyan un estilo de vida distintivo¹⁶⁴⁵. Hart reconoce que las personas pueden y

¹⁶⁴² HART H.L.A., *Inmoralidad y Alta Traición*, op. cit., p. 197.

¹⁶⁴³ RAMOS PASCUA J.A., *Promoción activa e imposición de la moral. Examen de la postura de H.L.A. Hart*, op. cit., p. 451.

¹⁶⁴⁴ HART H.L.A., *El concepto de Derecho*, op. cit., p. 239.

¹⁶⁴⁵ HART H.L.A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, op. cit., pp. 155-156.

deben compartir una serie de creencias morales para que su unión sea algo más que un simple agregado de personas. Todos podríamos estar de acuerdo en que «un consenso de opiniones morales sobre ciertas materias es imprescindible para que la sociedad en que vivimos merezca tal nombre»¹⁶⁴⁶. Pero no puede pretenderse que dicho acuerdo se extienda a todas las creencias morales, en especial a aquellas que definen planes de vida o proyectos de excelencia individual. Pese a que aceptemos que un Estado «no puede sobrevivir si no se conserva un determinado nivel moral entre sus ciudadanos y no existe en la población una cierta conciencia acerca de principios morales», el Derecho penal y la coacción autoritaria se nos podrían presentar como «instrumentos muy poco adecuados para la conservación y mejora de las costumbres morales»¹⁶⁴⁷.

Hart rechaza la idea de que la moral social sea única, como si pudiera asemejarse a una *tela de una sola pieza*, lo cual supone que ni todas las normas morales se integran en un supuesto código moral compartido ni todas tienen la misma relevancia para la sociedad. Si el ‘contenido mínimo del Derecho natural’ incluyese valores sustantivos que determinaran un plan de vida distintivo y la moral social fuese única, entonces sí sería cierto que un mínimo rasguño en la tela, esto es, un ligero cambio en la moral positiva de la sociedad, conlleva su resquebrajamiento.

Hart reconoce que algunas de esas normas morales pueden ser aceptadas y compartidas en un grupo social de manera mayoritaria, y constituir su *moral positiva*, y, junto a ella, se diferencia una *moral crítica*, es decir, unos «principios morales generales usados en la crítica de las instituciones sociales, entre las que se incluía la moral positiva»¹⁶⁴⁸. En cada comunidad convivirían distintas morales positivas que, aunque alguna llegara a ser mayoritaria, presentarían discrepancias entre ellas sobre la manera de abordar algunos asuntos, en especial los que tienen que ver con la moral sexual. Esta pluralidad moral y los cambios sociales que puede experimentar la moral positiva, debido a la función que cumple la moralidad crítica, no suponen riesgo alguno para el deterioro de la sociedad. Y, a lo sumo, tendrán que ver con su avance, no con su extinción.

Este concepto de *moral crítica* de Hart (un tipo de moral racional, esclarecida o ilustrada según se la ha denominado) podría asemejarse a ese iusnaturalismo de tipo

¹⁶⁴⁶ HART H.L.A., *Inmoralidad y Alta Traición*, op. cit., p. 195.

¹⁶⁴⁷ PATZIG G., *Ética sin metafísica*, op. cit., p. 24.

¹⁶⁴⁸ HART H.L.A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, op. cit., p. 113.

deontológico que tiene la función de servir de crítica (ética crítica) para la mejora de las instituciones sociales y jurídicas, incluyendo también el juicio que pudiera hacerse desde la *moral crítica* a la *moral positiva* aceptada en la sociedad: es decir, el problema del moralismo legal es un problema que debe resolverse desde la moralidad crítica, interrogándonos sobre la pertinencia o no de imponer coactivamente la moral positiva.

El sentido que cumple el concepto de *moral crítica* es emparentado por el propio Hart con su teoría del ‘contenido mínimo del Derecho natural’. Y ello, a pesar de que «nunca recibimos de Hart una explicación explícita de lo que podría hacer de una moralidad social una moralidad ideal». Pero tenemos algunas intuiciones, apunta Leslie Green, que «sugirían que las consideraciones que Hart tenía en mente son principalmente eudaimonísticas: la moralidad ideal sería aquella moral social que, de practicarse, tendiera a promover el florecimiento humano»¹⁶⁴⁹.

Con la distinción entre moral positiva y moral crítica en la mano, lo que habría que preguntarse es, «no si el Derecho debe hacer efectiva la moral positiva de una sociedad, sino si debe reconocer y prescribir conformidad con las pautas de una moral crítica o ideal que se supone válida». Aquí la respuesta, dice Nino, «no puede ser sino afirmativa ya que, aparentemente, es analítico o tautológico que para que el Derecho esté justificado, de acuerdo con cierta moral crítica, él debe hacer efectivos los principios de esa moral crítica»¹⁶⁵⁰. Es decir, desde la moral crítica deben ofrecerse argumentos de peso que justifiquen o rechacen la imposición coactiva de la moral positiva. El problema consistirá en saber «qué tipo de moralidad crítica debería adoptarse para legislar: o bien una que incluya el principio del moralismo legal, o bien otra que lo excluya. De manera que la discusión versa sobre la moralidad política crítica, no sobre los contenidos de la moral positiva ni sobre las normas para evaluar las morales críticas»¹⁶⁵¹.

Si esto es así, la cuestión, al fin y al cabo, queda reducida a determinar qué actos (si es que los hay), aun siendo inmorales para alguna moral positiva, podrían prohibirse por el Derecho de acuerdo a la moral crítica. De esta forma «un hombre puede violar una regla moral generalmente aceptada, no porque sea demasiado débil para abstenerse de

¹⁶⁴⁹ GREEN L., “The Morality in Law”, en *Reading HLA Hart’s The Concept of Law*, Luis Duarte D’Almeida, James Edwards y Andrea Dolcetti (eds.), Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 185.

¹⁶⁵⁰ NINO C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, 2ª ed. de “Notas de introducción al Derecho”, Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 426.

¹⁶⁵¹ DE PÁRAMO J.R., *El moralismo legal contraataca*, op. cit., p. 576.

una acción que sabe que está equivocada, sino porque no cree que en asuntos que dependen tanto de diferentes gustos individuales, personalidades y concepciones de la felicidad humana, y donde no se lesiona a los demás, sólo haya un modo de comportamiento que sea el correcto. Puede que no desee convencer a nadie de su estilo de vida porque puede ser que él sea el único que lo considere aceptable, pero tampoco cree que lo que haga esté mal»¹⁶⁵².

Los problemas aparejados a una noción tan difusa como la del ‘contenido mínimo del Derecho natural’ de Hart han sido frecuentemente señalados por la doctrina¹⁶⁵³. Lo que nos interesa retener de dicha idea es su énfasis en el juicio de racionalidad que se requiere para integrar los postulados de la moral en el mundo del Derecho. La cuestión no es baladí y el legislador deberá ser muy cauto para que, en dicho juicio, no se le cuele prejuicios y apasionamientos. La conversión de una conducta inmoral en ilegal, para ser plausible, debe hacerse «por referencia a un principio moral crítico u objetivamente correcto. De lo contrario, podría ser “inmoral” solo en el sentido de que contraviniera la moralidad popular ampliamente errónea e incluso perversa de un grupo en particular»¹⁶⁵⁴. Esos principios críticos que integrarían el ‘contenido mínimo del Derecho natural’, y que deben guiar la tarea del legislador, son explicados por Hart de forma compleja. Parten de «la sociología y la psicología, así como por las otras ciencias, por los métodos de generalización y teoría basados en la observación y, cuando ello es posible, en la experimentación» y desde ahí se pueden comprobar «hechos que se enuncian en algunas

¹⁶⁵² TEN C.L., *Crime and Immorality*, op. cit., p. 650.

¹⁶⁵³ Una crítica a las debilidades de esa noción puede leerse en MALEM J., *Estudios de Ética Jurídica*, op. cit., pp. 52-56. También a De Páramo le pareció que “la teoría del ‘contenido mínimo del Derecho natural’ constituye uno de los puntos más débiles y contradictorios de la teoría del Derecho de Hart, pues parece retomar la versión más débil del iusnaturalismo sin revalorizar dicho concepto en un sentido deontológico”. DE PÁRAMO J.R., *H.L.A. Hart y la Teoría Analítica del Derecho*, op. cit., p. 379. Y también una breve exposición, pero esclarecedora, se contiene en FERNÁNDEZ GARCÍA E., “Las relaciones entre el Derecho y la Moral en H. Kelsen y H.L.A. Hart”, en *Teoría de la justicia y derechos humanos*, cap. II, op. cit., pp. 45-76; reaparecido, con alguna variación poco significativa, en *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 28, Universidad de Valparaíso, Chile, 1986, pp. 401-429. Para Fernández García, la teoría hartiana del contenido mínimo del Derecho natural “es perfectamente aceptable, pero al mismo tiempo es insuficiente y, por tanto, precisaría de un desarrollo más amplio -también más complejo y difícil- que dé una idea lo más adecuada posible de las relaciones entre la moral y el Derecho (...). Cabe preguntarse, si teniendo en cuenta los objetivos que Hart quiere conseguir con su teoría del ‘contenido mínimo del Derecho natural’, la utilización de los términos ‘Derecho natural’ y ‘leyes naturales’ es adecuada, o cuando menos, la más oportuna. Es evidente que toda sociedad precisa para su desarrollo y supervivencia de la existencia de un conjunto de reglas comunes a la moral y al Derecho. Esas reglas de conducta son exigencias y necesidades morales y sociales, no leyes naturales. El calificarlas de ‘contenido mínimo del Derecho natural’ choca bastante con el uso histórico (iusnaturalismo ontológico) y actual (iusnaturalismo deontológico: Derecho ideal, justo o correcto, como deber ser del Derecho) del término y puede llegar más a confundir que a aclarar las cosas”. FERNÁNDEZ GARCÍA E., *Teoría de la justicia y derechos humanos*, op. cit., pp. 75 y 76.

¹⁶⁵⁴ FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. IV: Harmless Wrongdoing, op. cit., p. 141.

verdades obvias» como la vulnerabilidad humana, la igualdad aproximada, el altruismo limitado, los recursos limitados o la comprensión y fuerza de voluntad limitadas¹⁶⁵⁵. Estas simples ‘verdades obvias’, como Hart las llama, no sólo develan el núcleo del buen sentido que hay en la doctrina del Derecho Natural, sino que tienen vital importancia para la comprensión del Derecho y la moral¹⁶⁵⁶.

Es importante, subraya Hart, la conexión distintivamente racional de este enfoque, pues estas conexiones no proceden de ninguna revelación sino de una antropología típicamente humana pues «su verdad depende de que los seres humanos y el mundo en que viven conserven las características salientes que hoy tienen» y su ausencia haría imposible la existencia de cualquier sistema de Derecho o código moral¹⁶⁵⁷. Estas exigencias reconocen la falibilidad del hombre y ponen de manifiesto que la entera humanidad muestra desacuerdos sobre lo que puede ser moral e inmoral. Como «no todos pueden estar en lo cierto, y no sabemos dónde se encuentra la verdad, por lo tanto, es mejor tolerar a los demás y dejar que cada hombre elija por sí mismo lo que considera correcto»¹⁶⁵⁸.

A pesar de la dificultad que conlleva establecer con precisión qué actos quedarían encuadrados como inmorales, Hart exige que los puntos de vista que juzguen la moralidad de dichos actos sean sometidos a un escrutinio racional para preguntarse si «la moralidad general se basa en la ignorancia, superstición o error»¹⁶⁵⁹. De lo contrario, ante cualquier teoría que «afirme que el Derecho penal puede utilizarse por la vaga razón de que la salvaguarda de la moralidad es imprescindible a la sociedad y, sin embargo, no haga hincapié en la necesidad de un previo análisis crítico, nuestra réplica debe ser: ‘¡Moralidad, qué crímenes pueden cometerse en tu nombre!’»¹⁶⁶⁰.

¹⁶⁵⁵ HART H.L.A., *El concepto de Derecho*, op. cit., pp. 240-244.

¹⁶⁵⁶ HART H.L.A., *El concepto de Derecho*, op. cit., p. 245.

¹⁶⁵⁷ HART H.L.A., *El concepto de Derecho*, op. cit., pp. 239 y 247.

¹⁶⁵⁸ TEN C.L., *Crime and Immorality*, op. cit., p. 650.

¹⁶⁵⁹ HART H.L.A., *Inmoralidad y Alta Traición*, op. cit., p. 167.

¹⁶⁶⁰ HART H.L.A., *Inmoralidad y Alta Traición*, op. cit., p. 167. Jorge Malem habla de que “el legislador, al dictar la ley penal, debe valorar racionalmente cuáles son los fundamentos de la moralidad positiva vigente, y en su caso actuar en contra de lo mayoritariamente deseado”. MALEM J., *Estudios de Ética Jurídica*, op. cit., p. 49. Francisco Laporta hace mención a que “la moralidad, la ‘posición moral’, demandaba unos controles de racionalidad, universalizabilidad, etc., que no tenía la moralidad positiva del hombre del autobús de Clapham, del hombre vulgar y corriente”. LAPORTA F.J., *Entre el Derecho y la moral*, op. cit., p. 50. Ramos Pascua acepta la necesidad de análisis crítico de la moral social si ésta significa que “debe examinarse racionalmente a fin de que pueda ser despojada de toda adherencia a meros perjuicios

2.2. La violación de las normas morales no desintegran la sociedad.

Para el profesor Hart sólo estaría justificada la intervención del Estado cuando se tengan suficientes razones para considerar que la realización u omisión de un comportamiento provocará un daño u ofensa. El principio del daño nos obliga a determinar previamente cuáles han de ser los intereses privados que han de protegerse y qué bienes públicos son también dignos de protección. La evaluación del daño tiene que ser rigurosa, ya que, de lo contrario, «la legislación contra la alteración del orden público podría suponer que una conducta quedara prescrita simplemente porque la mayoría estuviera en contra»¹⁶⁶¹. Quiere con esto decirse que, desde tal perspectiva, la interferencia punitiva del Estado está justificada no sólo para prevenir daños causados directamente a individuos específicos, sino también para evitar comportamientos que dañan a la sociedad en general o a sus instituciones públicas. Pero los efectos sociales que la mera inmoralidad produce no pueden, sin más, inscribirse en ese catálogo de daños dignos de protección: no se trata aquí de intereses de otros, o de la colectividad, que son vulnerados, sino de sus creencias o convicciones contrariadas o desafiadas. Y las determinaciones de qué es lo que daña a los intereses públicos y privados «involucran una irreductible decisión con contenido moral». Daños como el asesinato, el robo o la violación «no existen independientemente de y previo a su definición moral. El concepto del daño tiene, pues, en este contexto una denotación que depende de reglas morales»¹⁶⁶².

En cambio, el argumento de Hart «fracasa, podría decirse, a causa de una confusión única y fundamental. Ésta se halla en su presunción de que ‘daño’ es un concepto moralmente neutral. Y no lo es. Cuando decimos lo que es ‘dañoso’ para una persona, necesariamente hacemos una evaluación, y esta evaluación pertenece a la moral. O Hart acepta el concepto de daño implícito en alguna moral positiva, o lo que hace es introducir de contrabando alguna concepción puramente utilitarista de daño y, en ese caso, toda su propuesta es que adoptemos e imponemos jurídicamente alguna forma de utilitarismo en lugar de alguna otra moral»¹⁶⁶³.

disfrazados de moral comunitaria”. RAMOS PASCUA J.A., *Promoción activa e imposición de la moral. Examen de la postura de H.L.A. Hart*, op. cit., p. 455.

¹⁶⁶¹ LACEY N., *A life of H.L.A. Hart: The nightmare and noble dream*, op. cit., p. 258.

¹⁶⁶² MALEM J., *Estudios de Ética Jurídica*, op. cit., p. 54.

¹⁶⁶³ MACCORMICK N., *H.L.A. Hart*, op. cit., p. 270. Para MacCormick, “Devlin se apunta aquí un tanto indudable”, op. cit., p. 270.

Hay un segundo razonamiento de Hart sobre este asunto que quizás matice la cuestión: «como todas las moralidades sociales, independientemente de lo que puedan estipular, tienden a favorecer, en mayor o menor medida, valores universales tales como la libertad individual, la seguridad de la vida y la protección frente a las agresiones deliberadas, siempre habrá una parte importante de la moralidad social que sea valiosa conservar, incluso con el coste, desde el punto de vista de esos mismos valores, que implica la imposición legal»¹⁶⁶⁴. En este punto, Hart no sostiene que ‘daño’ sea una noción moralmente indeterminada: admite que el significado del mismo cubre una variedad de violaciones de distintos *valores* que, sin embargo, son *universales*, es decir, son intrínsecos a todas las morales sociales en *mayor o menor medida*. Hart, sin duda, está pensando -y así debe entenderse- en su teoría del ‘contenido mínimo del Derecho natural’.

Los cambios en la moral social no conducen irremediabilmente a la destrucción de dicha sociedad. Y un ligero cambio en la opinión dominante de la sociedad no aboca a su desintegración, de ahí que haya «una distinción moralmente crucial entre que desaparezca una especie al permitirle evolucionar naturalmente a lo largo de los siglos dando lugar a algunas especies nuevas y diferentes, y destruirla disparando a todos sus miembros»¹⁶⁶⁵. De hecho, cualquier sociedad que se vea sometida a los cambios tecnológicos, que no esté aislada geográficamente ni se encuentre bajo un férreo control totalitario, no podrá escapar del cambio cultural por tratarse de un proceso natural y constante. Un “modo de vida” (lo que quiera que ello signifique) «no goza de inmunidad frente a este proceso»¹⁶⁶⁶.

No obstante lo anterior, Hart no niega que la sociedad tenga derecho a pronunciarse sobre asuntos de moralidad juzgando como buenos o malos ciertos comportamientos. No niega tal derecho porque Hart no defiende la indiferencia moral: «sería una desastrosa interpretación de la moralidad pensar que donde no puede usarse la coerción como defensa tiene que guardarse silencio y permanecer indiferentes (...). No estamos obligados a escoger entre la coerción deliberada y la indiferencia»¹⁶⁶⁷. Hart lo que niega es el derecho de la sociedad a usar el Derecho penal para castigar todos esos

¹⁶⁶⁴ HART H.L.A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, op. cit., pp. 154-155.

¹⁶⁶⁵ FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. IV: Harmless Wrongdoing, op. cit., p. 73.

¹⁶⁶⁶ FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. IV: Harmless Wrongdoing, op. cit., p. 71.

¹⁶⁶⁷ HART H.L.A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, op. cit., p. 160.

comportamientos. Propone, en su lugar, que se adopten criterios más restrictivos que sólo permitan criminalizar esas conductas cuando fehacientemente se demuestre la existencia de un daño u ofensa. Porque una cosa es utilizar medios inofensivos para tratar de proteger la moral social y «otra bien distinta es utilizar el aparato coactivo del Estado para hacer cumplir esa moral»¹⁶⁶⁸. En clara línea milliana, en ausencia de daño, la sociedad puede reaccionar con sanciones no jurídicas como la discusión, el consejo o el argumento, exhortarle para fortalecer su voluntad, prevenirle acerca de nuestro juicio adverso o evitar su compañía y prevenir a otros contra él¹⁶⁶⁹. Pero no más.

2.3. El Derecho no es el mecanismo más apropiado.

Esto último lleva a Hart a criticar el uso indiscriminado del Derecho, en especial del penal, para interferir en la vida de las personas pues, como reconstruye Ramos Pascua, es consciente de que «aun en el supuesto de que la inmoralidad privada produjera alguno de los daños que se han alegado, tales daños serían siempre inferiores a los que produciría la irrupción compulsiva del Derecho en la vida humana; irrupción que, consecuentemente, carece de justificación»¹⁶⁷⁰.

Aun reconociendo que el Derecho penal «puede incluso entenderse como un instrumento para crear y reforzar el consenso moral», no debemos olvidar que la cuestión que tenemos ante nosotros es «*qué* juicios sobre el comportamiento pueden recibir correctamente el sello de certificación moral del Derecho penal, no si al aplicar ese sello el Derecho penal de hecho está imponiendo algunos juicios morales»¹⁶⁷¹. Y es importante no olvidarlo porque «el ejercicio sin obstáculos de la libertad de elección de las personas puede considerarse como un valor en sí mismo», por lo que de entrada quienes quieran limitarlo, como pretenden los moralistas, deberán añadir alguna «justificación especial» para poder imponer el *mal* que supone el «sufrimiento -a menudo muy agudo- en aquellas personas cuyos deseos se frustran por miedo al castigo»¹⁶⁷².

¹⁶⁶⁸ DE PÁRAMO J.R., *H.L.A. Hart y la Teoría Analítica del Derecho*, op. cit., p. 370.

¹⁶⁶⁹ HART H.L.A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, op. cit., p. 160.

¹⁶⁷⁰ RAMOS PASCUA J.A., *Promoción activa e imposición de la moral. Examen de la postura de H.L.A. Hart*, op. cit., p. 461.

¹⁶⁷¹ FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. IV: Harmless Wrongdoing, op. cit., p. 13.

¹⁶⁷² HART H.L.A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, op. cit., pp. 113-114.

El uso de la coerción legal por cualquier sociedad demanda entonces de justificación, y mayores esfuerzos requerirá la justificación en áreas de la libertad individual donde impera un animado disenso, como puede ser en la moralidad sexual. La restricción de determinadas libertades o la imposición de un castigo son cosas que se asume que es incorrecto imponer a otros sin una justificación especial. De ahí que Hart se preocupe por saber qué razones justificarían dicha intervención del Estado en la vida de las personas y qué razones deben descartarse. Como señaló Patzig, si «la verdadera función del Derecho penal reside, pues, en fundamentar las medidas necesarias para la conservación de la paz jurídica en la sociedad no es correcta la pretensión del Estado de presentarse como el protector absoluto de las normas morales»¹⁶⁷³.

Devlin confió demasiado en las bondades del Derecho penal y «su argumento exageró -sin aportar ninguna evidencia empírica- el poder de la ley penal como fuerza educativa y socialmente estabilizadora»¹⁶⁷⁴. Hart, en cambio, partiendo de tesis utilitaristas, trata de demostrar cómo la imposición de un castigo debe justificarse por el poder que éste tiene para evitar un sufrimiento mayor o cómo su imposición contribuiría a promover una mayor felicidad. Y observó que la ecuación no se cumpliría en el caso del moralismo legal. Comprueba Hart cómo la aplicación de una sanción por un delito de los llamados del moralismo legal no trae aparejada una reducción del sufrimiento ni un aumento de la felicidad del mayor número. Habrían sido los propios moralistas, los que retorciendo el argumento utilitarista, intentan utilizarlo para justificar su postura:

«Los utilitaristas no piensan que el mero hecho de que una acción sea generalmente considerada como inmoral sea una buena razón para que sea un delito. Porque, a primera vista, al menos, no todas las acciones que generalmente se consideran inmorales deben causar un grado apreciable de sufrimiento, mientras que criminalizarlas y castigar a los infractores sí crea sin duda un grado de miseria humana. Por razones utilitaristas, por lo tanto, parecería que no es la tolerancia de la mera inmoralidad, sino más bien la imposición legal de la moralidad lo que exige una justificación»¹⁶⁷⁵.

En base a ello, Hart señala que es muy difícil teóricamente justificar el castigo en los casos en que no hay un daño padecido por una víctima. Normalmente para esos supuestos se acude a la teoría de la retribución que no justifica el castigo, al modo

¹⁶⁷³ PATZIG G., *Ética sin metafísica*, op. cit., p. 23.

¹⁶⁷⁴ LACEY N., *A life of H.L.A. Hart: The nightmare and noble dream*, op. cit., p. 258.

¹⁶⁷⁵ TEN C.L., *Crime and Immorality*, op. cit., p. 653. C.L. Ten pone de manifiesto que, partiendo de posiciones utilitaristas, también se han hecho grandes esfuerzos por defender el moralismo legal, como fue el caso de James Fitzjames Stephen. TEN C.L., *Crime and Immorality*, op. cit., pp. 653-655.

utilitarista, por las consecuencias beneficiosas que tiene para la sociedad «sino que el dolor es la retribución moralmente apropiada o ‘correcta’ por el mal moral hecho». Hart denuncia este tipo de retribucionismo, ya que «una teoría que no intente justificar el castigo por su resultado, sino simplemente por la iniquidad del mismo, no hay duda de que es más plausible, y quizás solo inteligible, cuando el delito ha dañado a otros y hay tanto un malhechor como una víctima»¹⁶⁷⁶. En los casos en los que no hay víctima, Hart piensa que «la idea de que puede castigarse a los transgresores de un código moral, no para prevenir el daño o el sufrimiento o incluso la repetición del delito, sino simplemente como un medio de expresar públicamente o manifestar enérgicamente una condena moral, es algo desagradablemente cercano al sacrificio humano»¹⁶⁷⁷. Feinberg estudió si tenía sentido aplicar el concepto de retribución, en cualquiera de sus muchas formas, al castigo de un crimen sin víctimas. Podríamos encontrarnos con «un claro conflicto entre el moralismo legal -la opinión de que podemos castigar adecuadamente los actos de injusticias inofensivas- y la teoría retributiva del castigo -una teoría de que el castigo solo se justifica cuando es retributivo-»¹⁶⁷⁸. El moralismo legal permitiría castigar a personas por cometer un delito en el que nadie sería la víctima. Pero para el retribucionismo si no hay víctima no hay a nadie a quien retribuir (a no ser que entendamos que la víctima sea, como pretenden los moralistas, ese ente tan abstracto como es la sociedad en su conjunto).

Y, como otra razón añadida, se desaconseja el uso del Derecho penal como instrumento para hacer cumplir la moralidad ya que, si lo intentara, en su camino atentaría contra las propias señas de identidad que inspiran la legislación penal. Los defensores del moralismo legal tergiversarían el principio de legalidad y harían caso omiso a la obligación de definir los delitos «tan meticulosamente como sea posible para que pueda conocerse con razonable certeza y de antemano qué comportamientos son delictivos y cuáles no»¹⁶⁷⁹.

¹⁶⁷⁶ HART H.L.A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, op. cit., p. 146.

¹⁶⁷⁷ HART H.L.A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, op. cit., p. 151.

¹⁶⁷⁸ FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. IV: Harmless Wrongdoing, op. cit., p. 158.

¹⁶⁷⁹ HART H.L.A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, op. cit., p. 106.

2.4. La moralidad requiere voluntariedad.

La propia idea de moralidad se ve comprometida en el moralismo legal. Lejos de reforzar el valor de la verdadera conducta moral, el moralismo legal le hace un flaco favor. Según Hart, «la atribución de valor al simple comportamiento conformista, abstrayendo el motivo y las consecuencias, no pertenece a la moralidad sino al tabú (...). Lo que es valioso (...) es la restricción *voluntaria*, no la sumisión a la coerción, que parece vacía de valor moral»¹⁶⁸⁰. La verdadera actitud moral no puede ser impuesta por coerción legal; es el cumplimiento voluntario, en lugar de la coacción, lo que es moralmente valioso. Como señala Ramos Pascua, «resulta incomprensible el deseo de conseguir conformidad con la moral aunque sea por la fuerza; cuando en realidad, desde el punto de vista de la moral es valiosa únicamente la abstención voluntaria de la inmoralidad, y no la abstención motivada por miedo al castigo»¹⁶⁸¹. Francisco Laporta acude a la teoría de la *doble valoración moral* para oponerse a la conversión en obligaciones jurídicas de ciertas conductas que sólo constituyen obligaciones morales. Son dos valoraciones distintas y «tenemos que pronunciarnos separadamente sobre la moralidad de la acción (...) y sobre la moralidad de su incorporación al Derecho»¹⁶⁸².

Para uno de los primeros comentaristas de la polémica, Basil Mitchell, en cambio, la voluntariedad no era un elemento necesario para cumplir con la moralidad. La imposición de la moralidad podía prescindir del convencimiento de los que amoldan su conducta para someterse a la norma. Si una de las funciones del castigo es reforzar la moralidad, el Derecho penal puede cumplir con esa misión ya que a través de sus normas estará mandando el mensaje de lo que está moralmente permitido, y los individuos ajustarán su comportamiento a la moral mayoritariamente aceptada. Si las personas vieran que los que se desvían de la regla moral no son castigados, no tendrían miedo de las consecuencias que acarrearía su incumplimiento¹⁶⁸³. De ahí que Hart aluda a la falta de

¹⁶⁸⁰ HART H.L.A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, op. cit., p. 145

¹⁶⁸¹ RAMOS PASCUA J.A., *Promoción activa e imposición de la moral. Examen de la postura de H.L.A. Hart*, op. cit., p. 462. Utilizar el Derecho para imponer la moralidad, dice Ramos Pascua, “es tanto como estrangular el prerequisite de la moral misma: la libertad moral, la posibilidad de buscar libremente la verdad moral (...). Uno de los peores favores que puede prestársele a la moral es pretender imponerla por la fuerza. De ahí lo desacertado de la tesis del máximo opositor de Mill en su época: J. F. Stephen, quien encontraba justificada la persecución de la inmoralidad por ser la moral algo en sí mismo valioso. Olvidaba que impuesta dejaría de ser algo valioso en sí mismo”, p. 463. En idéntico sentido, DE PÁRAMO J.R., *El moralismo legal contraataca*, op. cit., p. 577.

¹⁶⁸² LAPORTA F.J., *Entre el Derecho y la moral*, op. cit., p. 100.

¹⁶⁸³ MITCHELL B., *Law, Morality, and Religion in a Secular Society*, Oxford University Press, Oxford, 1976, p. 72.

evidencia que tenemos para pensar «que la moralidad se enseña mejor con el miedo al castigo legal. La mayor parte de la moralidad se enseña y se mantiene sin ese miedo, y donde la moralidad se enseña haciendo uso del miedo existe el peligro permanente de que el miedo al castigo pueda quedar como el único motivo de la conformidad»¹⁶⁸⁴. Exigir la conformidad de la conducta mediante el miedo a la sanción legal, señala Jorge Malem, «está más relacionado con los tabúes que con la moral»¹⁶⁸⁵. Y el pensamiento de Devlin tenía más de la primero que de lo segundo al basarse en «una moralidad prehistórica: esa que busca conformidad mediante el miedo, el resarcimiento del odio mediante castigos retributivos, la denuncia simbólica de la inmoralidad, el conservadurismo moral»¹⁶⁸⁶.

Judith Shklar ha sido una de las filósofas más contundentes al afirmar el valor de la voluntariedad en el cumplimiento de las normas, y en poner de manifiesto el macabro papel que cumple el miedo como mecanismo de coacción. El Derecho, señalaba, «es social, objetivo y coercitivo; y la moral es individual, subjetiva y voluntaria». Además, el Derecho «es más modesto en sus demandas, insistiendo solo en abstenerse de lo que está prohibido, mientras que la moralidad exige el cumplimiento voluntario de los deberes positivos»¹⁶⁸⁷. Para Shklar, «el verdadero acto moral no puede ser legalmente impuesto aunque el contenido de las normas morales y legales fuera el mismo, porque las fuentes de validez respectivas, o al menos las actitudes involucradas en cada caso, son por definición diferentes»¹⁶⁸⁸. Mientras que la moralidad es voluntaria, la presión ejercida por la ley es en última instancia coercitiva. Cuando dicha voluntariedad se pierde, y la moralidad únicamente se cumple por miedo, se hace imposible la libertad, no quedando ya espacio alguno para la legalidad y sólo para la discrecionalidad. De hecho la idea del ‘liberalismo del miedo’ acuñada por Judith Shklar en trabajos posteriores va precisamente en esa dirección de ensalzar la voluntariedad y el convencimiento que requieren las auténticas actitudes morales frente al acatamiento mecánico infundido por el miedo a la sanción. Las instituciones liberales deberían permitir que toda persona adulta pueda «tomar sin miedo ni favor todas las decisiones efectivas posibles sobre todos los aspectos

¹⁶⁸⁴ HART H.L.A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, op. cit., p. 145.

¹⁶⁸⁵ MALEM J., *Estudios de Ética Jurídica*, op. cit., p. 48.

¹⁶⁸⁶ LACEY N., *A life of H.L.A. Hart: The nightmare and noble dream*, op. cit., pp. 258-259.

¹⁶⁸⁷ SHKLAR J., *Legalism, an essay on law, morals and politics*, Harvard University Press, Cambridge, 1964, p. 44.

¹⁶⁸⁸ SHKLAR J., *Legalism, an essay on law, morals and politics*, op. cit., p. 44.

posibles de su vida», protegiendo al individuo de las opresiones de la opinión pública e insistiendo en que tomen sus propias decisiones sin interferencia de la autoridad¹⁶⁸⁹.

De esta manera se hace ver que el cumplimiento de las normas morales requiere no sólo que nuestro comportamiento externo se adapte a la norma, sino que nazca de nuestro propio convencimiento la adhesión al mandato. De lo contrario, «la imposición a los individuos de reglas de comportamiento generalmente aceptadas den una sociedad por la única razón de que la sociedad crea firmemente en la corrección de dichas reglas no mejorará a estos individuos, precisamente porque las reglas no se aceptan voluntariamente»¹⁶⁹⁰.

Antes de abordar cualquier legislación moral debemos realizar el ejercicio de valorar si la norma moral en cuestión será previsiblemente aceptada por el individuo, pues la adhesión interna del sujeto y su voluntariedad son elementos indispensables para la eficacia de la norma. En este debate sobre la imposición legal de la moralidad, señalaba C.L. Ten, «la importancia de una aceptación voluntaria de las reglas morales no se ha rechazado explícitamente, aunque parece que ha quedado bastante olvidada». Es más, añade Ten, «es cierto que el miedo al castigo se usa correctamente para disuadir a las personas de delitos como el robo y la violación, pero en estos casos el castigo se usa para prevenir de lo que es perjudicial y no para hacer -como se pretende con el moralismo legal- que la gente sea buena»¹⁶⁹¹.

2.5. Algunas notas añadidas para oponerse al moralismo legal.

Llegados a este punto es posible señalar cuatro últimos aspectos que ayudan a comprender el pensamiento de Hart sobre el tema del moralismo legal. El primero de ellos es que una diferencia entre Hart y los defensores del moralismo legal es que estos últimos afirmarían que el hecho de que una acción sea mayoritariamente considerada como inmoral es tanto una *buena razón* cuanto una *razón suficiente* para criminalizarla. Hart, en cambio, no está dispuesto a aceptar que la simple inmoralidad de una acción cuente como razón suficiente para convertirla en delito. Ni Hart ni Devlin tienen la vista puesta

¹⁶⁸⁹ SHKLAR J., *El liberalismo del miedo*, op. cit., pp. 36, 40 y 41.

¹⁶⁹⁰ TEN C.L., *Crime and Immorality*, op. cit., p. 652.

¹⁶⁹¹ TEN C.L., *Crime and Immorality*, op. cit., p. 652.

en privar al Derecho y al poder de un fundamento moral, pero sí discrepan en lo que puede servir como fundamento moral. Y, para Hart, sólo el evitar un daño a otros puede funcionar como justificación de la imposición coactiva. Para Devlin, en cambio, el principio que funciona como justificación «lo constituye la tesis de que la sociedad tiene el derecho de tomar las medidas necesarias para su supervivencia; al ser la moral uno de los factores que condicionan la existencia de la sociedad, el poder podrá usar el aparato coactivo del Estado a fin de asegurar su cumplimiento»¹⁶⁹².

Devlin se había apresurado en concluir que por estar vigente una determinada moral en la sociedad era ya de por sí una moral justificada. En cambio, para Hart, del hecho de que una determinada moralidad esté vigente en una sociedad no se puede derivar que sea una moralidad valiosa, y mucho menos, que sea digna de recibir la mecánica del Derecho para su implementación. En cambio Devlin, para persuadir a Hart (o a cualquier otro liberal), necesita convencerle de que sus razones «son insuficientes para mantener unida la sociedad, que la sociedad se desintegrará a menos que proteja valores que van más allá de los valores a los que ellos se ciñen»¹⁶⁹³.

Un motivo para señalar que un ordenamiento jurídico es inmoral sería el de que viola ciertas pautas establecidas por la moral crítica. Pero ese motivo es diferente al que señala que un ordenamiento es inmoral porque no castiga cualquier clase de inmoralidad. Son dos proposiciones distintas. Como bien lo vio Nino, «de la inmoralidad de un acto no se infiere, sin más, la moralidad o la necesidad moral de la pena por su ejecución (...). Por consiguiente, mantener que ciertos actos son inmorales pero que el Derecho no está moralmente justificado para interferir con ellos, es una posición lógicamente coherente»¹⁶⁹⁴.

El segundo punto que deseo señalar de la postura de Hart es que su propuesta no es, en modo alguno, tendente a negar que el Derecho está fundado en nociones de moralidad. De ahí que el enfrentamiento entre Hart y Devlin no se deba a que alguno de los dos niegue que la sociedad tenga derecho a expresar su opinión en asuntos de esa índole. Por eso, como reconstruía Laporta, la tesis de Hart es una invitación más bien a

¹⁶⁹² DE PÁRAMO J.R., *H.L.A. Hart y la Teoría Analítica del Derecho*, op. cit., p. 370.

¹⁶⁹³ NUSSBAUM M., *El ocultamiento de lo humano: repugnancia, vergüenza y ley*, op. cit., p. 95.

¹⁶⁹⁴ NINO C.S., *Los límites de la responsabilidad penal*, Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 282.

‘deslegalizar’ la moral, no a ‘desmoralizar’ el Derecho¹⁶⁹⁵. Devlin había incurrido en el error de confundir las normas morales vigentes con las pautas morales en sí mismas. Al revelar el error, Hart no pretende desalojar del Derecho toda moralidad, esto es, desmoralizar el Derecho. Nadie pretendería expulsar del Derecho cualquier referencia a la moral. La moralización del Derecho sigue siendo un objetivo loable. Lo que se tiene que discutir es qué tipo de moralidad queremos que recojan las leyes. El problema es entonces determinar «qué criterios usamos para justificar el contenido y alcance de una ley. Devlin supone que hemos de acudir a la moralidad positiva y Hart dice que algunos de los mandatos de esa moralidad carecen de justificación a la luz de la moralidad crítica y, por tanto, no deben ser impuestos por la ley»¹⁶⁹⁶.

Ni Devlin ni Hart negarán a la sociedad su derecho a expresarse sobre asuntos de moralidad. La cuestión no es si la moralidad es sólo una cuestión de juicio privado, sino «qué cuestiones de moralidad son de incumbencia de la sociedad»¹⁶⁹⁷ y pueden tener una correcta traslación al mundo del Derecho. Lo que no está dispuesto a admitir Hart es que los sentimientos morales o, en palabras de Devlin, *la intolerancia, la indignación o la repugnancia*, o la *mayoría moral abrumadora* de Stephen, puedan tener una transposición jurídica directa. Si dichos sentimientos tuvieran cabida en la ley penal estaríamos reconociendo que «la mayoría de la población tendría derecho a estatuir cómo deben vivir los demás»¹⁶⁹⁸. Hart no está negando a la sociedad su derecho a valorar como quiera los comportamientos indecorosos, lo que está rechazando es que esas valoraciones se conviertan en la auténtica moralidad respaldada por el Derecho:

«Muchas partes de la moralidad social representan poco más que miedos, odios y supersticiones aceptadas socialmente. Hart es muy consciente de que muchas prohibiciones sexuales comunes, por ejemplo, no tienen una razón lógica: hacen que la vida humana empeore, no que mejore (...). Pero Hart no desprecia el punto de vista que tenga la sociedad sobre una determinada moralidad, aunque ponga en entredicho el valor de las opiniones sociales en su discusión con Patrick Devlin sobre si está permitido criminalizar la inmoralidad sexual ‘como tal’ (...). Hart no dice que no importe el punto de vista de la gente, lo que dice es que los odios y las fobias simplemente no equivalen a la *moralidad*»¹⁶⁹⁹.

¹⁶⁹⁵ LAPORTA F.J., *Entre el Derecho y la moral*, op. cit., p. 46.

¹⁶⁹⁶ LAPORTA F.J., *Entre el Derecho y la moral*, op. cit., p. 52.

¹⁶⁹⁷ FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. IV: Harmless Wrongdoing, op. cit., p. 135.

¹⁶⁹⁸ MALEM J., *Estudios de Ética Jurídica*, op. cit., p. 50.

¹⁶⁹⁹ GREEN L., *The Morality in Law*, op. cit., pp. 185-186.

El tercer aspecto a tener en cuenta es la crítica que hace Hart al abuso de los ejemplos propuestos por Devlin. Los casos de embriaguez y celibato aducidos por él lejos de ilustrar, distorsionan el relato. Los ejemplos elegidos sólo se refieren a temas en los que Devlin se siente cómodo para argumentar en contra y «muchas personas, que desearían alinearse con Mill y protestar contra el uso del Derecho penal para castigar comportamientos simplemente porque ofenden a la moralidad positiva, podrían vacilar o rechazar que se desechen las normas concretas del Derecho penal que estos autores mencionan como ejemplos»¹⁷⁰⁰.

Devlin trata de confundir al lector con sus ejemplos ya que esconden trampa. Son casos que están claramente diseñados para persuadir acerca de las bondades de la imposición de la moralidad. En el caso de la embriaguez, es cierto que no tiene la misma gravedad el que una persona se emborrache voluntariamente en su casa y una multitud haciéndolo diariamente. Puede haber actividades que cuando son realizadas por unos pocos resultan inocuas y cuando aumenta el número de los que las desarrollan pueden suponer un peligro para la sociedad. Pero las actividades que pueden producir estas desastrosas consecuencias no son sólo aquellas que atentan contra el código moral compartido de una sociedad. Puede haber actividades de las que Devlin tiene en mente como deseables, que no entrañan riesgos para la sociedad y que tampoco violan ninguna moralidad vigente y, en cambio, producen efectos funestos. La práctica del celibato, profesado por una amplia mayoría de la población, también podría amenazar la propia estabilidad de la sociedad¹⁷⁰¹.

Y, en cuarto lugar, deseo resaltar la idea de que no basta, y así Hart lo reconoce, con que las normas jurídicas que imponen una determinada moralidad sin justificarse debidamente no se apliquen por los jueces y tribunales sino que deben derogarse. Si se mantuvieran en el Código Penal ello dejaría abierta la posibilidad de que algún juez devliniano se viera tentado a aplicarlas. Aunque en los ordenamientos donde se mantienen este tipo de normas pueda considerarse esta regulación desfasada y obsoleta, no podemos conformarnos con su inaplicación porque «la existencia de leyes penales que generalmente no se aplican pone en manos de la policía y del Ministerio Fiscal unos poderes discriminatorios formidables»¹⁷⁰². Y junto a los instrumentos penales, «existen

¹⁷⁰⁰ HART H.L.A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, op. cit., p. 120.

¹⁷⁰¹ TEN C.L., *Enforcing a shared morality*, op. cit., p. 323.

¹⁷⁰² HART H.L.A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, op. cit., p. 119.

otros que es importante no pasar por alto al considerar el uso legal de la *fuerza*», como los administrativos y civiles¹⁷⁰³. Es preferible la derogación de esta normativa a que siga estando vigente aun en desuso. A este respecto, resulta paradigmático el caso *Lawrence vs. Texas*, en el que el Tribunal Supremo norteamericano fue consciente de que incluso en aquellos Estados donde la sodomía aún seguía estando prohibida, «existe un patrón de no aplicación con respecto a los adultos que consienten y que actúan en privado»¹⁷⁰⁴. Pero ello no era suficiente a juicio del Tribunal, pues «si la conducta penada se convierte en criminal y sigue sin ser examinada la validez sustantiva de la ley que lo hace, su estigma podría permanecer aunque no fuera ejecutable según lo establecido por la misma normativa. Cuando la conducta del homosexual es criminalizada por la ley del Estado, esa declaración en sí misma es una invitación a someter a las personas homosexuales a la discriminación tanto en el ámbito público como en el privado»¹⁷⁰⁵.

El estigma que impone la ley penal no es trivial. La sola presencia de la conducta en el Código Penal, aunque finalmente no se impusiera una condena, hace que el comportamiento siga considerándose como delictivo con todo lo que ello conlleva para la dignidad de las personas que ven sus actos inofensivos tipificados como cualquier otro delito. Los acusados llevarán en su expediente el historial de sus condenas penales. Es más, la persona condenada por conducta homosexual entraría dentro de los registros policiales y «llevaría aparejadas otras consecuencias colaterales, como las anotaciones en los formularios de solicitud de empleo, por mencionar solo un ejemplo»¹⁷⁰⁶.

Law, Liberty and Morality, escrito en un tono combativo y apasionado impropio del resto de la obra de Hart, fue la obra de un comprometido con su tiempo, excediendo las áreas estrictamente filosóficas y descendiendo a temas eminentemente prácticos propios de la contienda política. Sigue siendo, cincuenta años después de su publicación, la declaración más contundente en favor de una política social liberal en el siglo XX, abogando por un tipo de Estado socialdemócrata que debe utilizar el Derecho penal con moderación y siempre en interés de la libertad individual. Sus ideas siguen teniendo eco en los debates políticos y académicos sobre una variedad de temas sociales y legales, como las políticas adoptadas en justicia penal sobre la eutanasia, el aborto o la

¹⁷⁰³ HART H.L.A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, op. cit., p. 143.

¹⁷⁰⁴ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 573 (2003)

¹⁷⁰⁵ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 575 (2003)

¹⁷⁰⁶ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 576 (2003)

prostitución. Es un libro que continúa apareciendo como manual fundamental en los cursos de Derecho penal y Justicia criminal de muchas universidades del mundo. Fue una polémica que, a buen seguro, constituyó el mejor debate de una época¹⁷⁰⁷.

Hart resultó especialmente convincente al llamar la atención sobre los peligros que genera la imposición de la moralidad. El Derecho no debería utilizar la coacción para hacer cumplir unas normas que podían entrar seriamente en conflicto con los sentimientos más profundos de las personas. Denunció que tratar de imponer la moral a golpe de amenazas es una forma de crueldad y lanza a la desdicha a las personas que por miedo se ven obligadas a acatarla.

¹⁷⁰⁷ LACEY N., *A life of H.L.A. Hart: The nightmare and noble dream*, op. cit., pp. 2, 6-7 y 281.

PARTE TERCERA





CAPÍTULO OCTAVO

Panorama tras la polémica

Excede a mis propósitos el intento de ofrecer un cuadro completo de las publicaciones referidas a la imposición legal de la moralidad que aparecieron después de la polémica Hart-Devlin. Fueron muchos y variados los artículos que surgieron dado el interés y atractivo que contenían los argumentos esgrimidos en el debate. Y muchos autores vieron en la posibilidad de su crítica o defensa una oportunidad ideal desde la que arrancar sus investigaciones. Tal inquietud se ha traducido en una abundancia -casi inabarcable- de material bibliográfico que por la heterogeneidad de sus motivaciones, métodos de enfoque y ámbito de estudio hacen muy difícil su adecuada ordenación y, mucho menos, su hábil manejo para poder presentarlos con el rigor que merecerían. El criterio selectivo que aquí se adopta tiende a ofrecer, en primer término, la referencia a una serie de trabajos que marcaron la evolución, en términos generales, que tuvo la polémica de forma inmediatamente posterior al debate entre Hart y Devlin. Se ha tendido a dar preferencia a ciertos autores (por haber sido los primeros en abordar un determinado aspecto del debate) y a determinados trabajos (por la relevancia de sus argumentos) que pueden ser útiles para forjarnos un conocimiento panorámico de la discusión. En segundo lugar, se detallan algunas de las aportaciones más relevantes que se han realizado desde nuestro contexto filosófico más cercano. Algunos de estos autores ya han sido citados en las páginas precedentes, pero pretendo ahora situar el aporte concreto que hicieron con su contribución a la polémica. Como casi toda selección, la que ahora se propone adolece, además de su falta de exhaustividad, de alguna valoración subjetiva que hace juzgar el artículo en cuestión como valioso o representativo por el aspecto que resaltaré¹⁷⁰⁸.

¹⁷⁰⁸ Otros autores -sin ánimo exhaustivo- que se pronunciaron sobre la polémica y que no son utilizados a lo largo de estas páginas han sido: MICHAELSON S.E., “Religion and Morality Legislation: A Reexamination of Establishment Clause Analysis”, en *New York University Law Review*, vol. 59, 1984, pp. 301-409 (se discute cómo la “morality legislation” está específicamente dirigida a curar conductas inmorales que violan una norma social o tabú; prácticamente todas las leyes de este tipo reflejan la moral mayoritaria, ya que las minorías a menudo no pueden obtener suficiente apoyo electoral para imponer su marco moral a los demás); CANDACE G.H., “Public Employees and Private Conduct: Cohabitation and the Vagueness of Immorality”, en *Journal Family Law*, vol. 23, 1984-1985 (discute sobre la imposición de la moralidad popular); DALTON H.L., “Disgust and Punishment”, en *Yale Law Journal*, vol. 96, 1986-1987 (revisa los argumentos de Hart y Devlin sobre el disgusto y la repugnancia como elementos pertinentes o no para imponer la moralidad); WEST R., “Progressive and Conservative Constitutionalism”, en *Michigan Law Review*, vol. 88, 1990, pp. 659-661 (discute la posición de Devlin entre las teorías conservadoras sobre la importancia de la moral tradicional en el Derecho); GEY S.G., “Is Moral Relativism a Constitutional Command?”, en *Indiana Law Review*, vol. 70, 1995, pp. 331-404 (discute la polémica Hart-Devlin en el contexto más amplio del papel de la moral en el Derecho); MURPHY J.G., “Legal Moralism and Liberalism”, en *Arizona Law Review*, vol. 37, 1995 (discute las repercusiones contemporáneas del debate Hart-Devlin); BRADLEY G.V., “Pluralistic Perfectionism: A Review Essay of Making Men Moral”, en *Notre Dame Law Review*, vol. 71, 1996, pp. 671-706 (estudia el Informe Wolfenden y el debate Hart-Devlin desde el punto de vista del perfeccionismo); y FELDBLUM C.R., “Sexual orientation, morality, and the law: Devlin revisited”, en *University of Pittsburgh Law Review*, vol.

Richard Wollheim, en su artículo *Crime, Sin and Mr. Justice Devlin*, fue probablemente el primer autor, en 1959, en rebatir los argumentos de Devlin. Según él, el ensayo de éste contenía «poco razonamiento»¹⁷⁰⁹. Para Wollheim, la concepción de Devlin de la sociedad como una comunidad de ideas es una vieja noción, cuyas formas modernas serían el comunismo y el catolicismo. Pero desde hacía algún tiempo los países europeos se habían venido oponiendo a dichas formas a través de una teoría liberal de la política, afirmando que la identidad y la continuidad de una sociedad no reside en la posesión común de una sola moral, sino en la tolerancia mutua de las diferentes moralidades en la sociedad¹⁷¹⁰. Para Wollheim la reconciliación entre la tolerancia y el liberalismo que Devlin pretende «no funcionará porque la tolerancia no puede verse - como la ve Devlin- como una conformidad moral sobre los temas en los que impera un comportamiento uniforme»¹⁷¹¹. Es precisamente donde no reina la uniformidad, resalta Wollheim, dónde debe florecer la tolerancia. Incluso aunque uno aceptara la idea de Devlin de la sociedad como una “entidad moral” su concepción de lo que constituye la base moral de la sociedad es «totalmente irracional» ya que excluye «lo que ha sido un triunfo de la civilización establecer: el dominio de la conciencia por la razón»¹⁷¹². Y concluye Wollheim:

«Puede que haya quienes al leer *The Enforcement of Morals* no sólo lo rechacen, sino que rechacen de antemano cualquier argumento similar. Pueden sentir que cualquier intento de trazar una línea entre pecado y crimen que haga referencia a nociones como la comunidad moral o al derecho indeterminado de la sociedad a su autoconservación está condenado a ser inaceptable, e igualmente que cualquier discusión del tema que no mencione el autodesarrollo del individuo y sus facultades debe ser irremediabilmente incompleta»¹⁷¹³.

Eugene Rostow, en *The Enforcement of Morals*, retomará las críticas que Hart y Wollheim hicieron a Devlin para mostrar las debilidades de sus argumentos y mostrarse partidario del moralismo defendido por éste. Primero hace Rostow un repaso por los puntos más sobresalientes de la conferencia de Devlin (la idea de la sociedad como

57, 1996, pp. 237-336 (la conclusión principal que nos dejó el debate no es que hubieran determinadas inmoralidades que debieran o no ser criminalizadas, sino más bien lo que se debe procurar es la promulgación de leyes que protejan a las personas contra la criminalización que sufran por motivos de su orientación sexual).

¹⁷⁰⁹ WOLLHEIM R., “Crime, Sin and Mr. Justice Devlin”, en *Encounter*, vol. 13, noviembre 1959, p. 40.

¹⁷¹⁰ WOLLHEIM R., *Crime, Sin and Mr. Justice Devlin*, op. cit., p. 38.

¹⁷¹¹ WOLLHEIM R., *Crime, Sin and Mr. Justice Devlin*, op. cit., p. 39.

¹⁷¹² WOLLHEIM R., *Crime, Sin and Mr. Justice Devlin*, op. cit., p. 39.

¹⁷¹³ WOLLHEIM R., *Crime, Sin and Mr. Justice Devlin*, op. cit., p. 40.

comunidad de ideas, la necesidad de que el Derecho recoja los sentimientos de disgusto de la población...), y luego menciona tres aspectos que, a su juicio, «no son cruciales para la posición de Devlin, pero que creo que han coloreado la recepción de su conferencia. El primero es su opinión favorable del lugar principal que ocupa la religión cristiana en la ley moral y positiva de Inglaterra (...). El segundo elemento de la conferencia de Sir Patrick, que considero extrínseco a su lógica esencial, es de otro orden. En varios puntos, parece decir algo triste pero cierto, y es que la relajación de los estándares morales es el camino idóneo para transitar hacia la decadencia social (...). El tercer añadido a la secuencia lógica de la conferencia de Sir Patrick es su uso de la analogía de la traición»¹⁷¹⁴.

Estos aspectos resaltados le hacen pensar a Rostow que todo Derecho positivo en cualquier momento tiene una base moral que debe tratar de salvaguardar. El Derecho puede ser un buen o mal Derecho «de acuerdo a criterios morales distintos a los de la moralidad común incorporados a él. O puede haberse convertido en un mal Derecho por no haberse mantenido al día con los cambios en la propia moralidad común: los cambios en la opinión que la sociedad tiene al respecto de la privacidad, los límites de lo que la libertad permite, las consecuencias de la imposición comparadas con la no-imposición, etc. Pero la esencia de mi posición a este respecto es que el Derecho penal expresa, y debe expresar, algunas de las posiciones fuertes de la moral pública común de una sociedad»¹⁷¹⁵.

Para Rostow, tanto el profesor Hart como el profesor Wollheim «terminan en las garras del argumento esencial de Sir Patrick: que cualquier sociedad posee una moralidad común y que está facultada para imponerla a través de los mecanismos que le ofrece su propio sistema legal»¹⁷¹⁶. Ninguno de los dos críticos logra quitarle la razón a Devlin y «yo no puedo encontrar nada en el argumento de Sir Patrick que me haga considerar su postura como una amenaza. Lo que él propone no deja de ser un equilibrio entre orden y libertad, que dependerá del peso que den los legisladores independientes y ‘razonables’ a

¹⁷¹⁴ ROSTOW E.V., “The Enforcement of Morals”, en *The Cambridge Law Journal*, vol. 174, 1960, pp. 182-183.

¹⁷¹⁵ ROSTOW E.V., *The Enforcement of Morals*, op. cit., p. 188.

¹⁷¹⁶ ROSTOW E.V., *The Enforcement of Morals*, op. cit., p. 196.

una serie de principios que tienen igual dignidad»¹⁷¹⁷. Considera Rostow que no hay nada en el argumento de Devlin que limite la libertad individual:

«Aceptar la proposición de que el derecho se basa en un código de moralidad común no debilita la responsabilidad del individuo de llegar a sus propios juicios morales ni su obligación de ayudar a que se cumplan. Esta visión del Derecho no disminuye la importancia que tiene la libertad para el hombre, ni le permite retirarse de la deferencia que le debe al código de su tribu. No hay nada en la formulación de Sir Patrick Devlin, o en la jurisprudencia sociológica en general, que evite que la ley evolucione hacia la ley que creemos que debería ser»¹⁷¹⁸.

En 1962, Graham Hughes señaló la inconsistencia del argumento de Devlin por la confianza que éste había depositado en el correcto uso que el *hombre del autobús de Clapham* haría de su propio juicio para determinar qué asuntos el Derecho debe proscribir: «el parámetro ha de ser la opinión de una persona recta, pero no se nos dice a quién debemos considerar ‘persona recta’»¹⁷¹⁹. Recomendaba Hughes que:

«El examen de una ley en vigor y el debate sobre leyes propuestas deberían realizarse exponiendo, lo más explícitamente posible, los valores que el Derecho ha de proteger. Ello debe llevarse a cabo mediante una atenta investigación del mal que una conducta prohibida o que se intenta prohibir ha hecho a los valores, o considerando la probable eficacia de una prohibición legal. En este debate, la prevalencia de los sentimientos de disgusto o de repulsión en una comunidad hacia una conducta dada es un factor a considerar, pero nada más. Nunca podrá sustituir a una atenta investigación acerca de las consecuencias sociales que tiene la prohibición de una conducta criminal; y si esta investigación se convierte en un veredicto contrario al de la mayoría disgustada, entonces debe ignorarse la opinión de la mayoría, a no ser que con ello se llegue a un disturbio mucho peor que el que acarrea la prohibición en cuestión. El legislador no puede ser más sensato de lo que es, pero tampoco debe ser tan primario como los instintos de un hombre de la calle»¹⁷²⁰.

En 1964, Lon L. Fuller informaba que «recientemente ha habido una animada discusión acerca de la relación apropiada del Derecho con el comportamiento sexual y más particularmente acerca de las prácticas homosexuales». Y sobre la misma confiesa que encontraba «esta controversia muy poco convincente por ambas partes, fundándose como se funda en presunciones iniciales que no parecen explícitas en la discusión misma. Sin embargo, no tendría dificultad en afirmar que la ley no debe convertir en delito el que adultos que consienten practiquen privadamente actos homosexuales. La razón de esta

¹⁷¹⁷ ROSTOW E.V., *The Enforcement of Morals*, op. cit., p. 196.

¹⁷¹⁸ ROSTOW E.V., *The Enforcement of Morals*, op. cit., p. 198.

¹⁷¹⁹ HUGHES G., “Morals and the Criminal Law”, en *The Yale Law Journal*, vol. 71, 1962, pp. 675-676.

¹⁷²⁰ HUGHES G., *Morals and the Criminal Law*, op. cit., p. 682.

conclusión sería que una ley semejante no podría sencillamente obligarse a cumplir y su existencia en el código constituiría una abierta invitación al chantaje, y habría, por tanto, una amplia discrepancia entre la ley escrita y su observancia forzosa en la práctica»¹⁷²¹.

En 1966, el profesor Ronald Dworkin publica, en el *Yale Law Journal*, el trabajo titulado “Lord Devlin and the Enforcement of Morals”¹⁷²². Su afamada participación en el debate, como una de las más completas y acabadas, merece el cumplido de que le dediquemos el siguiente capítulo a su estudio.

En *Law, Morality, and Religion in a Secular Society*, publicado en 1967, Basil Mitchell concluyó que la función del Derecho no sólo es proteger a los individuos del mal, sino también proteger la esencia de la sociedad. El Derecho no puede, afirma este filósofo británico, ser neutral con respecto a la moral, puesto que el proteger las instituciones de una sociedad presupone ciertos «valores universales de moral» y, al llevar a cabo el Derecho la tarea de protegerlos, está justificado que los imponga. Para Mitchell el Derecho puede ser usado para proteger instituciones morales ampliamente arraigadas en el seno de una sociedad, como la monogamia¹⁷²³. La postura de Mitchell coincide en muchos puntos con la de Devlin, pero formula alguna precisión importante. La moral que el Derecho impone debería estar abierta a crítica y a debate a la luz del uso pleno de la razón, y es muy importante que la privacidad se respete todo lo posible. Además Mitchell fue uno de los primeros en resaltar la circularidad lógica en la que incurría el argumento de Devlin al definir la inmoralidad en función del criterio del “hombre razonable”, siendo éste definido a su vez por su capacidad para calificar como inmorales determinadas conductas¹⁷²⁴.

R. F. V. Heuston, en 1972, señaló dos puntos especialmente débiles en la argumentación de Devlin. En primer lugar, el juez ni consigue probar que la desintegración moral lleve a la desintegración política ni que el cumplimiento de todos los aspectos de un código moral sea esencial para la existencia de una sociedad. Devlin tampoco tiene en cuenta que puedan existir una pluralidad de tendencias morales. Hacer

¹⁷²¹ FULLER L.L., *La Moral del Derecho*, op. cit., pp. 147-148.

¹⁷²² DWORKIN R., “Lord Devlin and the Enforcement of Morals”, en *The Yale Law Journal*, núm 75, 1966, pp. 986-1005. Recogido en su *Taking Rights Seriously*, Gerald Duckworth, Reino Unido, 1977. Cito por *Los derechos en serio*, op. cit., pp. 349-379.

¹⁷²³ MITCHELL B., *Law, Morality, and Religion in a Secular Society*, op. cit., pp. 18-35.

¹⁷²⁴ MITCHELL B., *Law, Morality, and Religion in a Secular Society*, op. cit., pp. 36-51.

abstracción de este dato es sustraer a su teoría de una importante evidencia de lo que las sociedades revelan que ocurre en la realidad. En segundo lugar, reconocer que el *hombre razonable* no es necesariamente un *hombre racional* abre la puerta a toda una incriminación de conductas basada solamente en la estupidez o la intolerancia de la gente¹⁷²⁵.

En 1977, N. B. Reynolds añadió ideas de peso a la posición contraria a la imposición legal de la moral, señalando las desventajas prácticas de las leyes que tienen por objeto la supresión de comportamientos que, para algunos, son inmorales. Se pueden resumir en la siguiente lista¹⁷²⁶:

- 1) Muchas de las acciones tratadas comúnmente como ejemplos de inmoralidad, si las convertimos en delito, carecen de víctimas. Los crímenes sin víctima son muy difíciles de perseguir¹⁷²⁷.
- 2) El coste de hacer cumplir una ley contra los crímenes sin víctima tiende a ser muy elevado. La policía está obligada a utilizar técnicas moral y legalmente muy cuestionables para llevar a cabo las investigaciones. La sociedad sale perjudicada con la creación de ‘mercados negros’ cuya consecuencia es la forzada subida de los precios de bienes y servicios ilegales, y con el crimen asociado a la circulación de estos.
- 3) Los ciudadanos que cometen acciones que ellos de ninguna manera consideran inmorales, se ven degradados de forma arbitraria cuando la ley las convierte en acciones ilegales.
- 4) La aplicación de las leyes contra lo que el Estado ha ilegalizado en base a la moral resulta discriminatorio en los segmentos peor defendidos de la sociedad. La policía puede decidir arbitrariamente contra quien va a actuar.

¹⁷²⁵ HEUSTON R.F.V., “Morality and the Criminal Law”, en *Northern Ireland Legal Quarterly*, núm. 23, 1972, p. 283.

¹⁷²⁶ Se trata de una enumeración de cinco limitaciones y problemas que plantea la legislación contra la inmoralidad. Hago una síntesis de ellas a partir de REYNOLDS N.B., “The enforcement of morals and the rule of Law”, en *Georgia Law Review*, núm. 11, 1977, pp. 1354-1355.

¹⁷²⁷ Un tratamiento interesante desde la vertiente más sociológica de esta problemática puede encontrarse en LAMO DE ESPINOSA E., *Delitos sin víctima. Orden social y ambivalencia moral*, Alianza Editorial, Madrid, 1989.

- 5) Este poder arbitrario lleva a la corrupción y a la explotación puesto que los agentes de policía se enfrentarán a continuos sobornos; ello desacreditará al entero sistema de justicia criminal.

Como resume Riddall, «en la década de los ochenta no se aportó nada nuevo al debate, sino que sólo se reformularon y reorganizaron los argumentos que ya existían, y los comentarios adoptaron la forma de críticas, de comentarios sobre las críticas, de comentarios de aquellos que habían formulado las críticas o comentarios sobre los puntos de vista de los protagonistas originales (juristas y filósofos que disfrutaban, cuando las ideas de agotan, de su tradicional juego de dar vueltas al mismo tema como un pez que se muerde la cola)»¹⁷²⁸.

A los países de nuestro entorno cultural más cercano también llegaron los ecos del debate. Las referencias a la polémica Hart-Devlin se convirtieron en obligadas por ser el punto de partida inexcusable desde el que arrancar el tratamiento de una variedad de problemas propios de la Filosofía del Derecho y de la Filosofía Política y Moral.

Seguramente, la primera aproximación al debate en habla hispana se hizo a primeros de los 80 por parte de Carlos Santiago Nino, para quien «la polémica versa acerca de si el Derecho debe hacer efectiva la moralidad vigente en una sociedad, cualquiera que fuera su contenido»¹⁷²⁹. A Nino, acercándose a la postura de Hart, no le parecía plausible sostener que el Derecho debiera tratar de hacer efectiva la moral positiva (sobre todo si pensamos en morales tan aberrantes como la nazi o la de ciertas tribus africanas que prescriben graves mutilaciones). Una cosa es que el Derecho esté justificado según cierta moral crítica y que él mismo no deba violar los principios de esa moral crítica, y otra distinta es sostener que para que el Derecho esté justificado según cierta moral crítica deba reprimir toda violación de los principios de la moral positiva.

Nino trata de explicar por qué el Derecho sólo puede interferir en algunos actos inmorales y no prestar su mecánica coactiva a todas las pautas que prescriba la moralidad vigente. Se pueden distinguir entre diferentes actos inmorales y entender que la moral no exige que todo acto contrario a ella sea jurídicamente reprimido. Para ser plausible esta distinción entre los diferentes tipos de actos inmorales, con el fin de ofrecer un criterio

¹⁷²⁸ RIDDALL J.G., *Teoría del Derecho*, op. cit., p. 256.

¹⁷²⁹ NINO C.S. *Introducción al análisis del Derecho*, op. cit., p. 426.

que permita determinar cuáles pueden ser interferibles jurídicamente, Nino propuso una -ya famosa- distinción conectada con las dos esferas o dimensiones de la moralidad:

«El conjunto de reglas que prescriben el comportamiento hacia terceros (lo que se puede llamar la ‘moral pública’), y los ideales de excelencia humana o modelos de virtud personal (la ‘moral privada’). La idea de que el Derecho sólo puede interferir en acciones que perjudican a terceros, se fundamenta en el punto de vista de que el Derecho sólo debe hacer efectiva la moral pública y no la privada»¹⁷³⁰.

A finales de la década de los ochenta, profesores como De Páramo, Ramos Pascua o Laporta también incorporaron en sus trabajos referencias al debate. El primero de ellos se preocupó por distinguir, entre las razones aducidas por los protagonistas de la polémica, un *principio general crítico* que sirviera de justificación de la coacción de la moral pues, toda coacción jurídica, en tanto que supone restricción de la libertad, es un mal que hay que justificar. Y el principio alegado por Devlin, del supuesto derecho que tiene toda sociedad a asegurarse su supervivencia, no parecía un buen candidato¹⁷³¹.

Para Ramos Pascua, el análisis que justifique la represión de la inmoralidad debe aceptar como sensatas las restricciones propuestas a la imposición de la moral privada: a saber, «la necesidad de que ésta se depure previamente de prejuicios irracionales y de que se constate una gravedad notoria en el daño infligido por su violación»¹⁷³²; terminaba engarzando Ramos Pascua la inadecuación del uso indiscriminado del Derecho penal con la idea más oportuna de una “función promocional del Derecho”, de cuño bobbiano, para el «logro de un mayor grado de conformidad con los principios de la moral privada positiva. Ello supondría la sustitución de las viejas técnicas de disuasión mediante penas, por otras de alentamiento mediante premios, declaraciones, consejos y ayudas de todo tipo»¹⁷³³.

Por su parte, el profesor Laporta puso el acento en el plano de la «justificación de los ordenamientos jurídicos de sistemas políticos democráticos» que, en breves líneas, podía resumirse así:

¹⁷³⁰ NINO C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, op. cit., p. 427.

¹⁷³¹ DE PÁRAMO J.R., *H.L.A. Hart y la Teoría Analítica del Derecho*, op. cit., p. 370.

¹⁷³² RAMOS PASCUA J.A., *Promoción activa e imposición de la moral. Examen de la postura de H.L.A. Hart*, op. cit., p. 464.

¹⁷³³ RAMOS PASCUA J.A., *Promoción activa e imposición de la moral. Examen de la postura de H.L.A. Hart*, op. cit., p. 466.

«Si, como sociedad laica, carecemos de una autoridad moral superior que prescriba cuáles son las pautas de ética individual y social que las leyes han de defender y estimular, entonces hemos de inferir el contenido de esas leyes de la propia sociedad. En una era de legislación democrática lo más adecuado es que las leyes pugnen por identificarse con los valores morales de la mayoría social»¹⁷³⁴.

Ya en los noventa, Jorge Malem nos avisó de que «las críticas de Hart a Devlin parecen demoledoras» y, tras examinarlas con rigor, pudo el profesor argentino concluir que «el Derecho nunca puede imponer de una manera justificada una determinada moral positiva -a menos que coincida con los postulados de la moral crítica-, y que un Derecho penal que se asiente sobre legítimas bases liberales debe permanecer neutral respecto de valores morales»¹⁷³⁵.

¹⁷³⁴ LAPORTA F.J., *Ética y Derecho en el pensamiento contemporáneo*, op. cit., p. 260.

¹⁷³⁵ MALEM J., *Estudios de Ética Jurídica*, op. cit., pp. 50-51.



CAPÍTULO NOVENO

Libertad y comunidad en Dworkin

«¿Es suficiente el rechazo público para que convirtamos un acto en delito?»¹⁷³⁶. Interrogantes como este se plantea el profesor estadounidense Ronald Dworkin al abordar el tema del moralismo legal. Como señalábamos, fue en su trabajo en el *The Yale Law Journal* de 1966 titulado “Lord Devlin and the Enforcement of Morals” la primera incursión en esta materia. Y a ella siguieron una dilatada serie de referencias que se contenían en prácticamente todos sus trabajos posteriores, añadiendo matizaciones o nuevas especulaciones al respecto. Es mérito del filósofo estadounidense haber reformulado, casi en su totalidad, los argumentos de Devlin y Hart, elaborando así una de las más importantes teorías contemporáneas acerca del moralismo legal. No trató sólo de recopilar los argumentos de uno y otro, y presentarlos con mayor o menor acierto, sino que diseñó una completa propuesta teórica, fraguada a lo largo de distintos trabajos que aquí cito, que hace pertinente que nos detengamos en ello.

Dworkin se esfuerza en aunar dos ideales originalmente contradictorios: la tolerancia liberal y el reforzamiento de los vínculos comunitarios. Es en el trabajo que lleva por título *La Comunidad Liberal* donde Dworkin se nos presenta entusiasmado con tesis cercanas al comunitarismo y manifiesta su propósito de desquitarle de los falsos ropajes que el liberalismo le ha endosado, así como mostrar que éste tampoco se halla tan irreconciliablemente distanciado del valor de la comunidad. Para ello el autor hace un análisis de las que considera las cuatro tesis comunitaristas más relevantes que se oponen a la idea de la tolerancia liberal: (I) la identificación de la comunidad con la mayoría; (II) el paternalismo; (III) el interés individual; y (IV) la integración. En cada una de estas reflexiones, Dworkin va progresivamente avanzando en el concepto de comunidad hasta lograr su forma más perfecta y acabada: la comunidad liberal.

Su propósito es claro: «determinar si una ética convencional puede o no ser impuesta por medio de la ley penal»¹⁷³⁷. Y, como indicábamos, advierte Dworkin que considerará «el papel que desempeña el *concepto de comunidad* en las discusiones acerca

¹⁷³⁶ DWORKIN R., *Lord Devlin and the Enforcement of Morals*, op. cit., p. 986.

¹⁷³⁷ DWORKIN R., “Liberal Community”, en *California Law Review*, núm. 77, Berkeley, 1989, pp. 479-504. Cito por la traducción al castellano de Claudia Montilla, *La Comunidad Liberal*, estud. prelim. de Daniel Bonilla e Isabel Cristina Jaramillo, Universidad de los Andes, Colombia, 1996, p. 135.

de la imposición de la ética»¹⁷³⁸, prescindiendo de los prejuicios que al respecto se han mantenido¹⁷³⁹.

1. IDENTIFICACIÓN DE LA COMUNIDAD CON LA MAYORÍA.

Dworkin enfatiza la importancia de la libertad de elección personal y restringe el poder de la mayoría en asuntos que no le son concernientes. El profesor de *Jurisprudence* aborda este problema a la luz de la decisión de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en el caso *Bowers vs. Hardwick*¹⁷⁴⁰, decisión que declaró constitucional una ley del Estado de Georgia, en la cual se tipificaba la sodomía como delito. El juez White, del tribunal juzgador, sugirió que la comunidad tiene derecho a utilizar la ley para protegerse de los ataques de la indecencia. Esto quiere decir que «la mayoría, por el simple hecho de ser mayoría, tiene derecho a imponer sus puntos de vista éticos»¹⁷⁴¹. Los afectados por la ley georgiana contra la sodomía argumentaron que «el Estado no tenía ningún derecho a promulgar una legislación criminal cuando la única razón para hacerlo es que una mayoría desaprueba moralmente a aquellos a quienes la ley penaliza»¹⁷⁴². La respuesta del juez White giraba en torno a la idea de que el derecho está constantemente fundado en nociones de moralidad y que «era legítimo que un Estado impusiera una desventaja sobre un grupo particular a fin de expresar la condena moral de la mayoría hacia las prácticas de ese grupo, aun cuando no sirviera para otros propósitos legítimos»¹⁷⁴³.

A juicio de Dworkin la respuesta de White solo revelaba una verdad a medias: «por supuesto que la mayoría de las leyes criminales que promulga una comunidad expresan una elección moral (...) pero convertir la sodomía adulta en un delito no sirve a los intereses independientes de la condena moral, y aquellos que denunciaron la ley argumentaron que ello no es una justificación legítima para una pena criminal»¹⁷⁴⁴. La

¹⁷³⁸ DWORKIN R., *La Comunidad Liberal*, op. cit., p. 135.

¹⁷³⁹ “Se cree que el liberalismo, como teoría política, rechaza, o al menos desestima, el valor de la importancia de la comunidad. Se piensa también que la tolerancia liberal -que insiste en que la utilización del poder coercitivo del Estado para imponer la homogeneidad ética es un error gubernamental- debilita paulatinamente a la comunidad”. DWORKIN R., *La Comunidad Liberal*, op. cit., p. 136.

¹⁷⁴⁰ 478 U.S. 186 (1986).

¹⁷⁴¹ DWORKIN R., *La Comunidad Liberal*, op. cit., p. 136.

¹⁷⁴² DWORKIN R., *Sovereign Virtue*, Harvard University Press, Estados Unidos, 2000. Cito por la traducción al castellano de F. Aguiar y M.J. Bertomeu, *Virtud Soberana*, cap. 14, Paidós, Barcelona, 2003, p. 506.

¹⁷⁴³ DWORKIN R., *Virtud Soberana*, op. cit., p. 509.

¹⁷⁴⁴ DWORKIN R., *Virtud Soberana*, op. cit., p. 506.

decisión intentó demostrar que es lícito que «el gobierno prohíba la libertad de elección en el comportamiento sexual privado, a pesar de que no dañe directamente a nadie y siempre que la condena sea expresión de la moralidad popular»¹⁷⁴⁵.

Para Dworkin resulta evidente que «cada comunidad tiene un entorno ético que influye sobre los tipos de vida que pueden llevar sus miembros. Una comunidad que tolera la homosexualidad muestra un entorno ético muy diferente al de la comunidad que la prohíbe»¹⁷⁴⁶.

El argumento contra la tolerancia liberal sostendría que cualquier decisión que tomen los representantes políticos elegidos por mayoría debe aceptarse, incluso las relativas al entorno moral, en aras del sano funcionamiento del sistema democrático. Pero para Dworkin, «no existe ninguna razón práctica para que dicho entorno deba ser definido por lo que un grupo determinado considera que es mejor»¹⁷⁴⁷. Esto se explica haciendo una analogía entre el contexto económico y el moral, que son aspectos *interdependientes* del mismo entorno, pues «si insistimos en que el valor de los recursos de las personas debe fijarse a partir de la interacción de elecciones individuales, y no según las decisiones colectivas de una mayoría, entonces ya habremos decidido que la mayoría no tiene derecho a decidir sobre qué tipo de vida deben llevar todos los miembros de la comunidad»¹⁷⁴⁸.

En definitiva, si damos por plausible la conexión existente entre los entornos económico y ético, ello conlleva indisolublemente a aceptar la tolerancia liberal en materia ética. Si negamos esa tolerancia, negamos la dependencia de ambos contextos.

2. PATERNALISMO.

El paternalismo supone que «la coacción puede dar a las personas vidas mejores que las que ya tienen y consideran buenas»¹⁷⁴⁹. En esta categoría Dworkin introduce lo que para él es el matiz relevante y definitorio de esta problemática: la *confirmación* del

¹⁷⁴⁵ DWORKIN R., *Virtud Soberana*, op. cit., p. 507.

¹⁷⁴⁶ DWORKIN R., *La Comunidad Liberal*, op. cit., p. 140.

¹⁷⁴⁷ DWORKIN R., *La Comunidad Liberal*, op. cit., p. 143.

¹⁷⁴⁸ DWORKIN R., *La Comunidad Liberal*, op. cit., p. 144.

¹⁷⁴⁹ DWORKIN R., *La Comunidad Liberal*, op. cit., p. 150.

individuo. De tal modo que no hay ninguna medida política que contribuya a elevar el valor de una vida «si no hay confirmación por parte de la persona»¹⁷⁵⁰.

Supongamos que alguien que quisiera llevar una vida homosexual plena (con sus vivencias públicas y privadas) decide no hacerlo por miedo al castigo. Si esa persona nunca confirma que llevando esa vida no plena (por temer la condena) es mejor o superior al bienestar que hubiera alcanzado disfrutando su homosexualidad en plenitud, nunca sabremos si su vida verdaderamente ha mejorado. Pues, al no haber confirmación, desconocemos si la elección de su tipo de vida (homosexualidad no plena) ha sido la realmente querida.

Pero la necesidad de confirmación también plantea ciertas dificultades. Supóngase que «el Estado despliega una combinación de limitaciones y estímulos tal que un homosexual se convierte y finalmente confirma y aprecia su conversión. ¿Ha mejorado su vida?»¹⁷⁵¹. La respuesta debe abrigar condiciones y circunstancias que hagan que dicha confirmación se realice en un contexto genuino y legítimo, con restricciones que impidan hacer confirmaciones en condiciones inaceptables: «no estamos mejorando la vida de alguien si los mecanismos que utilizamos para asegurar dicho cambio disminuyen la capacidad de la persona para considerar reflexivamente los méritos críticos de su cambio. Las amenazas de castigo penal corrompen en vez de mejorar»¹⁷⁵². En tal caso, la transformación que experimentaría una persona habría sido producto o resultado de la coacción, no del convencimiento crítico y autónomo de buscar el bienestar personal.

Cualquier tipo de paternalismo se revela inútil a la hora de intentar incrementar el valor de la vida de los ciudadanos si no es contando con la confirmación libre y querida que haga la persona respecto de la bondad de las acciones que se le plantean ante sí.

3. INTERÉS INDIVIDUAL.

Dworkin parte de la idea de que «las personas necesitan de las comunidades y de que la vida social es natural y esencial para los seres humanos»¹⁷⁵³. Es entonces cuando el profesor de Oxford retoma la bien conocida crítica ya estudiada que lord Devlin realizó

¹⁷⁵⁰ DWORKIN R., *La Comunidad Liberal*, op. cit., p. 151.

¹⁷⁵¹ DWORKIN R., *La Comunidad Liberal*, op. cit., p. 151.

¹⁷⁵² DWORKIN R., *La Comunidad Liberal*, op. cit., p. 152.

¹⁷⁵³ DWORKIN R., *La Comunidad Liberal*, op. cit., p. 153.

al informe Wolfenden. Los argumentos de éste son reconducidos por Dworkin a principalmente dos: «el primero aparece en forma estructurada en la Conferencia Macabea y se basa en el derecho de la sociedad a proteger su propia existencia. El segundo es un argumento muy diferente y mucho más importante, que emerge en forma inconexa en diversos ensayos, y parte del derecho de la mayoría a seguir su propias convicciones morales, defendiendo su medio social de aquellos cambios a los cuales se opone»¹⁷⁵⁴.

Por lo que se refiere al primer argumento, este hipotético derecho de la sociedad a proteger su propia existencia frente aquellos ataques que perturben su consenso moral (mayoritario o popularmente admitido), implicaría la facultad de «usar las instituciones y sanciones de su Derecho penal para imponer ese derecho»¹⁷⁵⁵. Lord Devlin concluyó que si nuestra sociedad aborrece lo suficiente la homosexualidad, se justifica que la proscriba y que obligue a los seres humanos a optar entre las miserias de la frustración y las de la persecución, debido al peligro que significa dicha práctica para la existencia de la sociedad. Sin embargo, Devlin «llega a esta conclusión sin ofrecer pruebas de que la homosexualidad representa peligro alguno para la existencia de la sociedad»¹⁷⁵⁶.

Al atacar el segundo argumento Dworkin intenta rebatir la presunción que se escondía en el trabajo de Devlin de que cualquier juicio que forme parte de la moralidad positiva del hombre de la calle *vale* como “posición moral”¹⁷⁵⁷. Dworkin afirmaba que los prejuicios, las reacciones puramente emocionales (por ejemplo, reacciones de asco), los errores de hecho o los argumentos de autoridad no eran ingredientes de una “posición moral”, sino elementos de una mentalidad tópica que no podían valer como criterios de moralidad. La moralidad, la “posición moral”, demandaba unos controles de racionalidad, universalizabilidad, etc., que no tenía la moralidad positiva del *hombre del autobús de Clapham*, del hombre vulgar y corriente.

La lectura que extrae Dworkin de ambos planteamientos devlinianos es que «en una comunidad moralmente homogénea, la gente se identifica con la moral compartida

¹⁷⁵⁴ DWORKIN R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 352.

¹⁷⁵⁵ DWORKIN R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 352.

¹⁷⁵⁶ DWORKIN R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 355.

¹⁷⁵⁷ Su concepto de “posición moral” lo discute en DWORKIN R., *Los derechos en serio*, op. cit., pp. 358-365. Al respecto señala: “los argumentos morales que formulamos no sólo presuponen principios morales, sino también posiciones más abstractas sobre el razonamiento moral. En particular, presuponen posiciones sobre las clases de actos que pueden ser inmorales en y por sí mismos (...). Si el problema que se plantea entre nosotros es si mis puntos de vista sobre la homosexualidad constituyen o no una posición moral, y por ende, si sobre esa base tengo derecho a votar en contra de un homosexual, no puedo zanjar la cuestión simplemente hablando de mis sentimientos”, pp. 363 y 364, respect.

(...). Para ellos, la comunidad es la comunión de creencias compartidas que contribuye en la constitución de su propia identidad. Si la comunidad tolera la desviación, tales ciudadanos sufrirán el golpe del desarraigo»¹⁷⁵⁸. Pero para Dworkin este argumento yerra por exagerado, porque presupone, ante todo, que «cuando una comunidad política tolera rupturas de ciertos principios de la ética o la moralidad convencional, inevitablemente se afectan los lazos de los ciudadanos con tales principios»¹⁷⁵⁹. Esto es un error, pues «nada sugiere que, para beneficiar a sus miembros de manera adecuada, la comunidad deba ser homogénea, en términos morales o de cualquier otro orden»¹⁷⁶⁰. Si bien «nadie podría llevar una vida adecuadamente humana sin los mecanismos de la comunidad», sin embargo, «no hay razón para pensar que dichos beneficios requieran la homogeneidad moral»¹⁷⁶¹.

Cierto es que «las personas necesitan una comunidad moralmente homogénea como trasfondo conceptual necesario para una vida moral y ética»¹⁷⁶². Saber seguidor de una moral compartida imperante o mayoritaria otorga la seguridad para fundamentarla como valiosa. Otra cosa muy distinta es que esa *necesidad de objetividad* solo encuentre un anclaje posible en una comunidad moralmente homogénea. Ello supondría que «las personas solo sentirán que sus propios juicios éticos y morales tienen fundamento cuando los confirma una moral incuestionable y convencional»¹⁷⁶³. Y es más, en ese contexto, dejar espacio a la tolerancia y a la pluralidad de morales sería sustraer a los ciudadanos la única fuente posible para encontrar el anclaje ético y moral que necesitan para objetivar y fundamentar sus convicciones. Si se pierde ese uniforme respaldo (pues se toleran múltiples concepciones de lo bueno y lo correcto) se pierde la seguridad de estar en posesión de una moral valiosa.

Dworkin, asumiendo la autorreferencia que el individuo encuentra en la comunidad y la necesidad que aquel tiene de ésta para una vida exitosa, no encuentra factible entender que los cambios en los valores que experimente una sociedad, lejos de ser origen de confusión y desarraigo, no sean sino una oportunidad para que las personas, en entornos pluralistas y tolerantes, reajusten su personalidad y mejoren su bienestar.

¹⁷⁵⁸ DWORKIN R., *La Comunidad Liberal*, op. cit., p. 156.

¹⁷⁵⁹ DWORKIN R., *La Comunidad Liberal*, op. cit., p. 157.

¹⁷⁶⁰ DWORKIN R., *La Comunidad Liberal*, op. cit., p. 155.

¹⁷⁶¹ DWORKIN R., *La Comunidad Liberal*, op. cit., p. 154.

¹⁷⁶² DWORKIN R., *La Comunidad Liberal*, op. cit., p. 158.

¹⁷⁶³ DWORKIN R., *La Comunidad Liberal*, op. cit., p. 159.

4. INTEGRACIÓN.

Es en este cuarto argumento donde encontramos a un Dworkin que se acerca nítidamente hacia ideas comunitaristas. Y así lo confiesa el propio autor al señalar que encuentra verdadera y valiosa la idea originaria comunitarista (que las personas deberían identificar sus intereses propios con aquellos de la comunidad política a la cual pertenecen); es más, «esta idea no genera argumentos en contra de la tolerancia liberal (...) creo que el liberalismo ofrece la mejor interpretación de este concepto de comunidad y la teoría liberal hace el mejor recuento de su importancia»¹⁷⁶⁴.

El liberalismo presupondría la posibilidad de distinguir tajantemente entre el bienestar de las personas y el de la comunidad política a la cual pertenecen. Frente a ello, una idea se erige con más atractivo: «las vidas de las personas individuales y la de la comunidad están integradas, y el éxito de cualquiera de sus vidas es un aspecto de la bondad de la comunidad como un todo y, por lo tanto, depende de ésta. Llamaré a las personas que aceptan este punto de vista *republicanos cívicos*»¹⁷⁶⁵.

La tesis central de esta integración podría enunciarse del siguiente modo: «las comunidades políticas poseen una vida comunal, cuyo éxito o fracaso forma parte de lo que determina si las vidas de sus miembros son buenas o malas»¹⁷⁶⁶. El problema del que se encarga Dworkin será perfilar qué debemos entender por el *carácter* de la vida comunal. Del acierto de su definición depende el acierto en la aproximación al comunitarismo.

El filósofo norteamericano insiste en el hecho de que «las vidas de los ciudadanos están ligadas en su vida comunal, y que no se puede rendir cuentas privadamente sobre éxito o fracaso de sus vidas individuales (...). La integración supone que es la comunidad, y no el individuo, lo fundamental»¹⁷⁶⁷. La premisa que introduce Dworkin es la defensa de una versión *débil* de la tesis de la integración. Este debilitamiento se traduce en dos apreciaciones: primero, la comunidad no es definida desde un punto de vista metafísico, sino práctico; segundo, y derivado de lo anterior, se excluyen del dominio comunal las

¹⁷⁶⁴ DWORKIN R., *La Comunidad Liberal*, op. cit., p. 137.

¹⁷⁶⁵ “Los liberales entienden el asunto de si la ley debería tolerar la homosexualidad como si se preguntara si alguna persona tendría derecho a imponer a los demás sus propias convicciones éticas. Los republicanos cívicos la toman como si se preguntara si la vida común de la comunidad, de la cual depende el valor crítico de sus propias vidas, debería ser saludable o degenerar”. DWORKIN R., *La Comunidad Liberal*, op. cit., p. 161.

¹⁷⁶⁶ DWORKIN R., *La Comunidad Liberal*, op. cit., p. 162.

¹⁷⁶⁷ DWORKIN R., *La Comunidad Liberal*, op. cit., p. 165.

prácticas relativas al ámbito privado de las personas y sus particulares convicciones morales, en tanto que no son actividades ejercidas por la comunidad.

Por lo que se refiere al primer postulado, Dworkin rechaza la idea de que la integración sugiera una especie de metafísica en la que las comunidades sean entidades fundamentales y los seres humanos individuales meras abstracciones ilusorias. Para él, la integración puede entenderse de una forma más acertada y enriquecedora: «como un conjunto de hechos comunes y familiares relativos a las prácticas sociales que llevan a cabo los individuos»¹⁷⁶⁸. Este es el *punto de vista de la práctica* que mejor explica e interpreta la integración. Es un argumento práctico, real, cotejable, no metafísico. Integración y comunidad son fenómenos *consecuencia de* actitudes y prácticas, no son precedentes o antepuestos a estas. Es más, se debe *demostrar* que la práctica social ha creado esa integración.

La pregunta, pues, se hace perentoria: ¿qué demuestra o qué datos de la práctica revelan que “aquí hay una comunidad”? Son usos y actitudes sociales que Dworkin configura con los siguientes rasgos:

- a) Son actos denominados socialmente como *colectivos*, es decir, «identificados e individualizados como actos de una comunidad como un todo, y no de miembros de la comunidad como individuos»
- b) Los actos individuales «que constituyen actos colectivos son *concertados*. Se llevan a cabo como contribución al acto colectivo»
- c) La composición de la comunidad se define por sus actos colectivos, de manera que «los actos de la comunidad *explican* su composición y viceversa»¹⁷⁶⁹

Son estos actos colectivos los que constituyen la vida comunal de la comunidad. Y no otros, pues -como advertíamos- Dworkin defiende una vida comunal más limitada (débil) que los comunitaristas tradicionales: «solo incluye los actos considerados colectivos por las prácticas y actitudes que crea la comunidad como agente colectivo»¹⁷⁷⁰. Y ¿cuáles son esos actos colectivos que conforman la vida comunal?: «las decisiones

¹⁷⁶⁸ DWORKIN R., *La Comunidad Liberal*, op. cit., p. 166.

¹⁷⁶⁹ DWORKIN R., *La Comunidad Liberal*, op. cit., p. 167.

¹⁷⁷⁰ DWORKIN R., *La Comunidad Liberal*, op. cit., p. 168.

legislativas, ejecutivas y judiciales son los actos comunales que ayudan a explicar la composición de dicha comunidad»¹⁷⁷¹.

No despierta réplicas admitir que si una comunidad posee vida comunal, sus decisiones políticas formales deben ser parte de tal vida. Pero no por necesidad podemos dejar de preguntarnos qué otros elementos, además de aquellos actos políticos formales, forman parte de la vida comunal; pues los actos políticos no agotan el espectro de la vida comunal de un Estado. El argumento retoma la idea de la posibilidad de incluir en esa vida comunal la vida sexual de sus integrantes. Y, por tanto, que la comunidad pudiera decidir sobre ella.

Para que esa inclusión pudiera ser posible «se debe mostrar que nuestras costumbres, actitudes y convenciones sociales de hecho crean y reconocen un acto sexual nacional»¹⁷⁷². Lo que implica que esa práctica sexual ha superado el filtro de los tres rasgos -ya enunciados- del test que propone Dworkin para reconocer el acto comunal. No parece posible que alguno de esos condicionantes se satisficiera en el caso de la vida sexual nacional: «nuestras convenciones no reconocen una vida sexual colectiva y nacional. Cuando hablamos de las preferencias y hábitos sexuales de una nación hablamos estadísticamente, y no lo hacemos de un logro o fracaso colectivo»¹⁷⁷³.

El argumento de que se debiera intentar crear una comunidad que posea una vida sexual colectiva (sobre la que la comunidad pudiera decidir como sobre cualquier otro asunto comunal) creo que dista bastante de la tesis de la integración planteada por Dworkin. La concepción conservadora de la integración asumiría que una comunidad política tiene una vida que incluye un aspecto sexual. La comunidad política dworkiniana tiene una vida, pero no *ese tipo* de vida¹⁷⁷⁴.

Los ciudadanos se identifican con su comunidad política cuando reconocen que «ésta posee una vida comunal, y que el éxito o fracaso de sus propias vidas depende

¹⁷⁷¹ DWORKIN R., *La Comunidad Liberal*, op. cit., p. 170.

¹⁷⁷² DWORKIN R., *La Comunidad Liberal*, op. cit., p. 171.

¹⁷⁷³ DWORKIN R., *La Comunidad Liberal*, op. cit., p. 171. Dworkin advierte de dos aclaraciones: podría darse el caso de que una comunidad incluyera dentro de las acciones colectivas las que se refieren a la sexualidad; y que no se han explorado las prácticas necesarias de los miembros de una comunidad para que fuera verdad que la comunidad tuviera una vida sexual comunal.

¹⁷⁷⁴ Dworkin reafirma su acercamiento al comunitarismo cuando reconoce que los liberales no han puesto énfasis en la *importancia ética de la integración*; en cambio, “el reconocimiento de esta importancia no amenazaría, sino que más bien nutriría, los principios liberales”. DWORKIN R., *La Comunidad Liberal*, op. cit., p. 175.

éticamente del éxito o fracaso de dicha vida comunal»¹⁷⁷⁵. La perspectiva liberal de la integración que así describe Dworkin considera de manera *limitada* las dimensiones de la vida comunal. Ya sabemos que un ciudadano integrado considerará que los logros y fracasos de su comunidad en los actos políticos oficiales tienen resonancia en su propia vida, mejorándola o degradándola. Ello no abandona los paradigmas liberales ni compromete la tolerancia y neutralidad liberal con respecto a la vida buena¹⁷⁷⁶.

Ahora, si es cierto que la integración así definida no presenta amenaza para los principios liberales, «sería un error concluir que la integración es una idea que no añade nada a la moral política»¹⁷⁷⁷. Si nos quedamos en el primer escalón de la integración (actos políticos formales) la idea parece bastante decepcionante.

Frente a ello, el auténtico liberal integrado «no separará su vida privada de su vida pública de esta manera. Considerará que su vida habrá desmejorado -será una vida menos buena de la que hubiera podido tener- si vive en una comunidad injusta»¹⁷⁷⁸. Esta fusión más completa y acabada de moral política e interés individual «constituye -para Dworkin- el verdadero núcleo del republicanismo cívico, la importante manera de cómo los ciudadanos deberían unir sus intereses y su personalidad a la comunidad política»¹⁷⁷⁹. Y resultando una postura híbrida de las dos filosofías, en apariencia antagónicas, concluye: «dicha fusión afirma una idea claramente liberal, que florece únicamente en una sociedad liberal» en la que «un ciudadano integrado acepta que el valor de su propia vida *depende* del éxito de su comunidad»¹⁷⁸⁰.

Con esto se nos presenta un Dworkin que se separa de las concepciones clásicas del liberalismo que sitúan al individuo como único centro de atención, reforzando el papel de la comunidad como agente en la esfera pública y como espacio en el que la persona puede también lograr una realización de sus potencias morales. Lo atractivo de la

¹⁷⁷⁵ DWORKIN R., *La Comunidad Liberal*, op. cit., p. 176.

¹⁷⁷⁶ Aunque esto ha constituido extremo de crítica por entender que no siempre se han mantenido tan inatacables los postulados liberales en la propuesta dworkiniana por sus concesiones comunitaristas: “si el tipo de neutralidad que se ha de exigir (la neutralidad de la justificación de las acciones del Estado) se interpreta en un sentido que permite al Estado suscribir juicios pasados y presentes sobre el valor que corresponde a diferentes géneros de vida, entonces resulta cada vez más difícil trazar una línea clara entre las versiones perfeccionistas del liberalismo (...). Esto corrobora nuestra sospecha de que el Estado de Dworkin no es tan neutral en sus actuaciones -o tan antiperfeccionista- como a veces nos sugiere”. MULHALL S. y SWIFT A., *El individuo frente a la comunidad*, op. cit., p. 398.

¹⁷⁷⁷ DWORKIN R., *La Comunidad Liberal*, op. cit., p. 171.

¹⁷⁷⁸ DWORKIN R., *La Comunidad Liberal*, op. cit., p. 171.

¹⁷⁷⁹ DWORKIN R., *La Comunidad Liberal*, op. cit., p. 172.

¹⁷⁸⁰ DWORKIN R., *La Comunidad Liberal*, op. cit., p. 179.

*anómala*¹⁷⁸¹ propuesta dworkiniana es que, a pesar de que su planteamiento defiende la continuidad entre ética y política, no anula la diferencia entre la órbita privada y la órbita pública, haciendo posible que los ciudadanos puedan exigir que el Estado actúe neutralmente frente a las conductas o situaciones que no afectan a la comunidad como un todo. Ello no le impide a Dworkin admitir que nadie pueda desarrollar su vida de manera moralmente adecuada al margen de la comunidad. Se acepta la importancia de la comunidad en la estructuración de la identidad de los sujetos, pero hasta donde permanezcan inalterables la tolerancia y la neutralidad.

¹⁷⁸¹ Por seguir la adjetivación de la que se puede tildar por lo “peculiar y original de la propuesta de Dworkin”, según THIEBAUT C., *Vindicación del ciudadano: un sujeto reflexivo en una sociedad compleja*, Paidós, Barcelona, 1998, pp. 235-236.

CAPÍTULO DÉCIMO

El moralismo legal y sus acompañantes

POPULISMO MORAL

Para la vida política de una democracia el moralismo legal plantea algunas consecuencias que merecen atención. El principal riesgo que el moralismo legal crea para la estabilidad de una sociedad democrática fue ya denunciado, entre otros, por Alexis de Tocqueville en *La Democracia en América* y por John Stuart Mill en *Sobre la Libertad*: la tiranía de las mayorías. Para el primero, un poder omnímodo y tutelar procuraría la felicidad de los ciudadanos que se hallan bajo su mando. Éstos se abandonarían al cuidado de un soberano que, como padre con sus hijos, se esforzaría con gusto en hacerles felices. Pero ese poder que el Estado ejercería benevolentemente poco a poco iría mermando el espacio propio de la libre voluntad de cada individuo, arrebatando a cada ciudadano su autonomía, moldeando sus gustos y reduciendo al fin «a toda la nación a un rebaño de animales tímidos e industriosos cuyo pastor es el gobierno»¹⁷⁸².

Mill, siguiendo a Tocqueville, también vio el riesgo que corría el gobierno democrático si una ‘tiranía de la mayoría’ impusiera sus propias ideas y prácticas como reglas de conducta a aquellos que disientan de ellas; ahogando el desenvolvimiento, impidiendo la formación de individualidades originales y obligando a todos los caracteres a moldearse sobre el suyo propio¹⁷⁸³.

También Hart fue consciente de dicho peligro y así lo enfatiza en su tercera conferencia del ciclo *Harry Camp*, titulada *Populismo Moral y Democracia*. Según Hart el populismo moral defendería que «la mayoría tiene un derecho moral a dictar cómo debería vivir todo el mundo»¹⁷⁸⁴. Este populismo moral se derivaría directamente tanto de la tesis moderada de Devlin como de la tesis extrema de Stephen ya que ambos autores pensarían que la moral social de una comunidad, ya sea por su valor instrumental para el primero o por su propio valor intrínseco para el segundo, puede imponerse a través de normas jurídicas, doblegando la voluntad de los individuos y forzándoles a hacer converger su conducta con la estipulada en la norma.

¹⁷⁸² TOCQUEVILLE A., *La democracia en América*, vol. II, trad. castellana de Dolores Sánchez de Aleu, pról. Ángel Rivero, Alianza Editorial, Madrid, 2002 (5ª reimpr. 2011), p. 405.

¹⁷⁸³ MILL J.S., *Sobre la libertad*, op. cit., p. 73.

¹⁷⁸⁴ HART H.L.A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, op. cit., p. 162.

Tanto Stephen como Devlin habrían apelado al origen democrático de la norma jurídica que traduce la obligación moral de prohibir ciertas conductas inmorales. Si en democracia la soberanía reside en el pueblo, la norma jurídica no habría hecho más que recoger esa *mayoría moral abrumadora* de Stephen o los sentimientos de disgusto del *hombre del autobús de Clapham*. No hay nada más democrático que escuchar el clamor de lo que la gente pide que se criminalice y traducirlo en forma de preceptos jurídicos. El legislador democrático sólo vierte en una norma los sentimientos del hombre de la calle, los canaliza y los convierte en ley. Y, en tanto que producto que emana de la mayoría de un Parlamento, nadie discutirá que la norma deba acatarse.

Devlin había presentado dos formas que están a disposición del Estado para legislar sobre asuntos de moralidad. La forma en la que se ha abordado tradicionalmente la legislación en temas de moralidad ha sido la representada por el ideal platónico, que permite que el Estado promueva la virtud entre sus ciudadanos. El problema que veía Devlin para alegar esta razón cuando se legisla sobre estos asuntos es que obliga al soberano a «determinar qué criterios morales se conciben como virtuosos, estableciéndolos de la manera que considere más adecuada». El otorgar al soberano la decisión de distinguir entre el bien y el mal, dice Devlin, «destruye la libertad de conciencia y allana el camino hacia la tiranía»¹⁷⁸⁵.

Pero hay una forma más viable de legislar en materia de moralidad sin tener que recurrir al ideal platónico. A juicio de Patrick Devlin, la razón de la autopreservación ofrece a la sociedad una razón alternativa más prometedora. En esta teoría de la conservación el legislador no necesita determinar qué es lo bueno para los ciudadanos. Si lo que caracteriza a la sociedad es ser una comunidad de ideas, las ideas no son sólo políticas, sino que también su integración se busca a través de «ideas acerca de la manera en que sus miembros deben comportarse y dirigir sus vidas»¹⁷⁸⁶. Para preservar estas ideas, el legislador no tiene que hacer ningún juicio acerca de lo que es bueno o malo sino que sólo debe recoger las creencias «que la sociedad para la que legisla ya acepta y que son necesarias para preservar su integridad»¹⁷⁸⁷. No tendrá que plantearse si la monogamia o la poligamia es buena o mala; simplemente debe limitarse a comprobar que la población rechaza la poligamia y que estima la monogamia como una institución

¹⁷⁸⁵ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 140.

¹⁷⁸⁶ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 140.

¹⁷⁸⁷ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 141.

esencial de la sociedad. De esta forma Devlin comprende que el cometido del legislador no es más que «preservar los fundamentos esenciales de la sociedad, no reconstruirlos de acuerdo con sus propias ideas»¹⁷⁸⁸.

1. LA SEMEJANZA ENTRE EL POPULISMO MORAL Y EL CONSERVADURISMO.

La tesis de la autopreservación o de la conservación que aquí plantea Devlin a la hora de legislar en materia moral tiene un indudable parecido a la ideología del conservadurismo moral que «equivale a la proposición de que alejar del cambio a cualquier norma existente de una moralidad social, cualesquiera sea su contenido, es un valor y justifica su imposición legal»¹⁷⁸⁹. Una comunidad, según la presenta Devlin, se identificaría con un código moral compartido y su protección y salvaguarda sería necesaria lógicamente para la conservación de dicha sociedad. El mantenimiento del código moral es, por definición, necesario para el mantenimiento de la sociedad. Los ataques contra el código moral desintegran a la sociedad, porque la sociedad *es* la común unión en torno a *ese* código moral.

Hart hace el intento de defender ciertas posturas que han sido más coherentes que la de Devlin en la historia del conservadurismo, como ha sido el caso de Edmund Burke o Hegel. Pero el conservadurismo de Devlin dista mucho del rigor de los postulados de éstos. A Hegel, a pesar de que el valor que concede a las instituciones sociales se soporta en un tipo de doctrina metafísica no fácilmente comprensible y difícil de articular aquí en pocas palabras, Hart le reconoce el valor de un conservadurismo racional. Pero es en Burke donde el valor de la tradición alcanza su máximo exponente:

«La gente que nunca ha mirado atrás para observar a sus antepasados, tampoco pondrá jamás los ojos en la posteridad (...). La idea hereditaria proporciona un principio seguro de conservación y un principio seguro de transmisión (...). En virtud de una política constitucional y siguiendo el modelo de la naturaleza, recibimos, conservamos y transmitimos nuestro gobierno y nuestros privilegios, del mismo modo que disfrutamos y transmitimos nuestra propiedad y nuestras vidas. Las instituciones políticas, los bienes de fortuna y dones de la providencia nos son dados y son

¹⁷⁸⁸ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 141.

¹⁷⁸⁹ HART H.L.A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, op. cit., pp. 156-157.

después transmitidos por nosotros según el mismo modo y orden. (...). Nunca somos del todo nuevos en aquellas cosas que mejoramos; nunca somos totalmente obsoletos en aquellas cosas que retenemos. (...). Al escoger este sistema hereditario hemos dado a nuestra estructura política la imagen de un parentesco de sangre mediante el cual unimos la Constitución de nuestro país con nuestros más queridos vínculos domésticos, al incorporar nuestras leyes fundamentales al seno de nuestros afectos familiares»¹⁷⁹⁰.

Hart no encontraría impedimentos en poner de manifiesto, con Burke, el valor que tiene para cualquier sociedad el desarrollo de sus instituciones lentamente a lo largo de la historia. Pero precisamente el valor de ese desarrollo de las instituciones establecidas no es algo dogmático sino que, como buen parlamentario *whig*, Burke supo ver que ese valor residía «en el hecho de que se han desarrollado como resultado de la libre, aunque sin duda inconsciente, acomodación de las personas a las condiciones de vida»¹⁷⁹¹.

Pueden existir algunas ambigüedades en la catalogación de Burke como liberal o como conservador¹⁷⁹², o cambios dentro de su trayectoria intelectual marcados por la reacción ante la Revolución Francesa¹⁷⁹³, pero lo que parece más que razonable es que haya pasado a la historia del pensamiento como padre del conservadurismo moderno¹⁷⁹⁴.

¹⁷⁹⁰ BURKE R., *Reflexiones sobre la Revolución en Francia*, pról., trad. y notas de Carlos Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, 2º ed. 2016, pp. 76-77.

¹⁷⁹¹ HART H.L.A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, op. cit., pp. 158.

¹⁷⁹² Ángel Rivero lo tilda de liberal conservador cuando dice de él que fue “pionero en una de las constantes más llamativas del liberalismo conservador: el intento de aunar un orden tradicional con la libertad económica: Burke fue a todos los efectos el fundador del liberalismo conservador y el talante de su reflexión sigue informándolo hoy en día”. RIVERO A., “Liberalismo conservador (de Burke a Nozick)”, en J.A. Mellón (comp.), *Ideología y movimientos políticos contemporáneos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1998, p. 59.

¹⁷⁹³ C.B. Macpherson menciona esta evolución en el pensamiento de Burke: “Durante la mayor parte de su vida activa, su obra fue valorada por los whigs reformistas moderados como un apoyo reflexivo a su posición; por ejemplo, en su denuncia de las incursiones contra la independencia del Parlamento que veía hacer a la Corte, su oposición a la política del gobierno con respecto a las colonias americanas y su sostenido ataque contra el gobierno arbitrario de la Compañía de las Indias orientales, a la que se había concedido una carta. Luego, repentinamente, en la última década de su vida, apareció en un nuevo papel, como flagelo de las ideas liberales igualitarias engendradas por la Revolución Francesa, como el gran defensor de la sociedad jerárquica tradicional contra la teoría y la práctica amenazantes de esa revolución”. MACPHERSON C.B., *Burke*, trad. de Néstor A. Míguez, Alianza Editorial, Madrid, 1984, p. 15. Esta conjunción de pensamiento conservador y filosofía liberal (recuérdese que Burke fue diputado *whig*-Liberal, y no *tory*-Conservador) no es de extrañar en la historia del conservadurismo británico, que presenta especificidades propias distintas al conservadurismo continental, además no debe descuidarse el dato de que “el conservadurismo arrancó su andadura más como un titubeo del liberalismo que como una doctrina y una filosofía por derecho propio”. SCRUTON R., *Conservadurismo*, trad. de Diego Pereda, El Buey mudo, Madrid, 2019, p. 39.

¹⁷⁹⁴ Para Robert Nisbet, “Burke es el profeta -el Marx o el Mill- del conservadurismo, y es una prueba de su permanente condición profética el que haya sido citado y reconocido durante el último cuarto de siglo por los conservadores de América y Gran Bretaña en grado mucho mayor que durante cualquier otro periodo anterior”. NISBET R., *Conservadurismo*, op. cit., p. 12. Ted Honderich señala que “el conservadurismo, defensivo unas veces y agresivo otras, surgió como reacción, frente a la Revolución Francesa” y “comienza con lo que todos consideran su obra literaria más importante, *Reflexiones sobre la Revolución de Francia*, de Edmund Burke, de 1790”. HONDERICH T., *El conservadurismo. Un análisis*

Burke rechazó la idea liberal del contrato social entendido como un acuerdo entre vivos; pues la sociedad no sólo se construye por los vivientes, sino que es una asociación entre muertos, vivos y los aún no nacidos que exige un cuidado de esa herencia compartida de los que se fueron para transmitirla a los que vendrán¹⁷⁹⁵. Esa herencia es legada y transmitida por la familia o por la religión que, como “pequeños escuadrones” son el lugar en el que se forjan las tradiciones y los afectos públicos:

«Ser solidarios con los de nuestra subdivisión, amar a ese pequeño escuadrón al que pertenecemos en la sociedad, es el principio (algo así como el germen) de los afectos públicos. Es el primer eslabón en la serie por la que procedemos a amar a nuestro país y a la humanidad»¹⁷⁹⁶.

Las costumbres sociales, señaló Burke, son una forma de conocimiento que lleva consigo los rastros de muchos ensayos y errores, pero también las soluciones acumuladas a los problemas eternamente humanos a lo largo de la historia. Las tradiciones destilan información sobre la indeterminada multitud de extraños que nos han precedido. La legitimidad política nace, precisamente, «de las respuestas válidas que los hombres han conservados durante el tiempo»¹⁷⁹⁷. Son las respuestas a las preguntas perennes sobre la

de la tradición anglosajona, trad. de José Manuel Álvarez Flórez, Editorial Península, Barcelona, 1993, pp. 9 y 11. También para el reconocido conservador Russell Kirk, “el conservatismo consciente, en sentido moderno, no se manifestó hasta 1790, con la publicación de *Reflections on the revolution in France*. En ese año, el poder profético de Burke definió, por vez primera, en la conciencia pública, los polos opuestos conservación-innovación”. KIRK R., *La mentalidad conservadora en Inglaterra Estados Unidos*, op. cit., p. 15. El pensamiento neoconservador desarrolla y amplía los postulados de Burke, pero hay que reconocer que lo más significativo y esencial del movimiento se halla ya presente en la obra de este. Así lo señala Robert Nisbet cuando dice que “en grado notable los temas centrales del conservadurismo durante los últimos dos siglos no son sino ampliaciones de temas que Burke enunció haciendo referencia específica a la Francia revolucionaria”. NISBET R., *Conservadurismo*, op. cit., p. 13. Y el historiador Harold Laski, en su obra de 1936, reconoció que la crítica de Burke a “la Revolución Francesa -en sustancia todavía la más sensata que tenemos- es la base sobre la cual la gente ha atacado en nuestros propios días el experimento ruso”. LASKI H.J., *El liberalismo europeo*, op. cit., p. 169.

¹⁷⁹⁵ BURKE R., *Reflexiones sobre la Revolución en Francia*, op. cit., pp. 171-172. A pesar del atractivo político que tiene un argumento como el que utiliza Burke de un gran contrato general y perpetuo entre vivos, muertos y futuras generaciones, no sometido a intereses transitorios y por encima de los individuos presentes, su planteamiento tiene algunas debilidades que han sido señaladas, entre otros, por Ted Honderich: “Burke mezcla aquí varios temas e indicaciones (...). Lo que dice de un contrato tiene poco o nada que ver con un acuerdo original entre padres fundadores de una sociedad, o acuerdos tácitos entre ciudadanos y sus gobernantes o Estados. Lo que él dice plantea una pequeña dificultad, que no tenemos por qué pasar por alto respetuosamente, relacionada con los muertos y los que aún no están aquí. No puede haber contratos entre personas que nunca han tenido contacto entre sí para realizarlos”. HONDERICH T., *El conservadurismo. Un análisis de la tradición anglosajona*, op. cit., p. 192.

¹⁷⁹⁶ BURKE R., *Reflexiones sobre la Revolución en Francia*, op. cit., p. 96. Enrique Tierno Galván, en su traducción de las *Reflexiones sobre la Revolución Francesa* (1ª ed. 1954 y 2ª ed. en Centro de Estudios Constitucionales 1978), habla de “grupo pequeño”, p. 124. Y Roger Scruton (en *Conservadurismo*, 2019) habla de “pequeños pelotones”, p. 54.

¹⁷⁹⁷ GARCÍA HERNÁNDEZ J.R., *Edmund Burke: la solución liberal reformista para la Revolución Francesa*, pról. Mariano Rajoy y present. Benigno Pendás, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, p. 303.

naturaleza humana que se adoptan tácitamente, que se comparten y se asumen sin explicarlas ni justificarlas. De ahí que Burke definiera los “prejuicios” como una motivación para poner en acción ese razonamiento. El prejuicio bien entendido es saludable, aportaría a la razón el por qué de sus hábitos, el por qué nos comportamos cómo lo hacemos, «es el sobrentendido social desde el que es menester considerar la herencia»¹⁷⁹⁸. El prejuicio es un tipo de conocimiento que es *común* entre los individuos de una nación, no algo que sea propiedad exclusiva de una élite intelectual¹⁷⁹⁹. Y como tal el prejuicio populariza el conocimiento como el populismo el sentimiento. No son supersticiones ni fanatismos. El prejuicio, como su propio nombre indica, es un juicio previo: la respuesta que la intuición y el consenso ancestral de opiniones proporcionan al hombre cuando carece de tiempo o de conocimiento para obtener o adoptar una decisión¹⁸⁰⁰.

Burke confiesa que, en lugar de desquitarnos de todos nuestros viejos prejuicios, es preferible seguir «guardándolos cuidadosamente en grado considerable; y para que nuestra vergüenza sea mayor, los conservamos precisamente porque son prejuicios; y cuanto más han durado y más general ha sido su influencia, más los cuidamos». Y añade:

«El prejuicio, con su razón, tiene un motivo para procurar estímulo a esa razón y un afecto a ella que le dará permanencia. El prejuicio es algo que se aplica cuando nos hallamos ante situaciones de emergencia; de antemano pone a la mente en un vía segura de prudencia y de virtud y no le deja al hombre en la duda cuando tiene que tomar una decisión; le libra del escepticismo, la confusión y la irresolución. El prejuicio hace de la virtud de un hombre su hábito, y no una serie de actos inconexos. Sólo mediante el prejuicio su deber se convierte en una parte de su naturaleza»¹⁸⁰¹.

¹⁷⁹⁸ TIERNO GALVÁN E., “Prólogo” a *Reflexiones sobre la Revolución Francesa* de Edmund Burke, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, p. 19. Sobre la importancia de los prejuicios y el valor de la tradición en la obra de Edmund Burke y su polémica con Thomas Paine acerca de la importancia de las instituciones por encima de los individuos y los derechos del hombre como derechos naturales heredados y no como creaciones teóricas de una Declaración como la francesa, puede leerse FERNÁNDEZ GARCÍA E., “La polémica Burke-Paine”, en *Historia de los Derechos Fundamentales*, G. Peces-Barba, E. Fernández y R. De Asís (dirs.), Tomo II: Siglo XVII, Vol. II: La filosofía de los derechos humanos, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 369-416.

¹⁷⁹⁹ NISBET R., *Conservadurismo*, op. cit., p. 51.

¹⁸⁰⁰ KIRK R., *La mentalidad conservadora en Inglaterra y Estados Unidos*, op. cit., pp. 49 y 50. Señala William R. Harbour que el prejuicio no tenía para Burke el significado peyorativo que hoy tiene para nosotros: “Los prejuicios que Burke tiene en mente son las creencias y los hábitos transmitidos por la costumbre, la tradición y la religión. No son los sentimientos irracionales o las imaginaciones inspiradas, sino creencias y prácticas establecidas desde largo tiempo atrás, que han demostrado ser considerables por encima del tiempo y que han sido probadas por la historia e incorporadas a la tradición”. HARBOUR W.R., *El pensamiento conservador*, op. cit., p. 72.

¹⁸⁰¹ BURKE R., *Reflexiones sobre la Revolución en Francia*, op. cit., p. 158.

El pensamiento conservador cree en «los valores perdurables descubiertos a través de la estimación y la sabiduría de las generaciones que han muerto»¹⁸⁰². Las ideas morales ejercerían una influencia prolongada sobre los asuntos humanos y hunden sus raíces en circunstancias biológicas, políticas y sociales que están a mayor profundidad que los argumentos meramente racionales. El deseo del conservadurismo es mantener y fortalecer las redes de familiaridad y confianza sobre las que se teje cualquier comunidad, pues «los seres racionales precisamos de tradiciones e instituciones que se basen en algo más que en la razón para que esta tenga frutos. Puede que esta idea sea la principal contribución conservadora a la autocomprensión de la especie humana»¹⁸⁰³.

Pero el conservadurismo de Devlin se basaría en un «dogma brutal, que afirma que el mantenimiento de cualquier moralidad social necesariamente vale más que su coste en sufrimiento humano y en pérdida de la libertad»¹⁸⁰⁴. Al menos Burke y Hegel habrían aducido algunos principios generales para apoyar la reivindicación de que la conservación de las normas morales tenía un valor que justificaba su imposición legal. Algo habrían dicho al respecto para justificar la fuente de procedencia de dicho valor. Aunque se hubiera recurrido, para justificar la importancia que tuviera la moralidad social, al estatus que conceden los sistemas teológicos o la doctrina del Derecho Natural a ciertos principios fundamentales. Si los conservadores son los campeones de las costumbres, ello es debido a que «prefieren lo malo conocido a lo bueno por conocer. Están convencidos de que el orden, la justicia y la libertad son productos creados por la dilatada experiencia social, el resultado de siglos de tentativas, reflexión y sacrificio»¹⁸⁰⁵. En ese caso, al menos, «a pesar de lo cuestionable que pueda ser el fundamento de la teoría en cualquiera de los casos, está ahí para que se critique racionalmente, para que se acepte o rechace; y

¹⁸⁰² KIRK R., *Qué significa ser conservador*, op. cit., p. 28. Y añade Russel Kirk más adelante: “La sociedad en la que hombres y mujeres se rigen por su creencia en un orden moral perdurable, por su firme sentido de lo correcto y lo incorrecto, por convicciones personales acerca de la justicia y el honor, es una buena sociedad, con independencia de los mecanismos políticos que utilice; en cambio, aquella sociedad en la que hombres y mujeres viven moralmente a la deriva, ignorando normas y buscando ante todo satisfacer sus apetitos, es una mala sociedad”, op. cit., p. 43.

¹⁸⁰³ SCRUTON R., *Conservadurismo*, op. cit., p. 19.

¹⁸⁰⁴ HART H.L.A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, op. cit., p. 157.

¹⁸⁰⁵ KIRK R., *Qué significa ser conservador*, op. cit., p. 44. Esta preferencia por “lo conocido” y “la prevención hacia lo desconocido” de los conservadores también es resaltada por Lord Hugh Cecil en su libro de 1912, p. 11 y 13. En él Cecil definió la disposición natural conservadora como “aquella tendencia de la mente humana, adversa a los cambios y mudanzas, que obedece en parte al temor a lo desconocido y a la confianza en los caminos de la experiencia más bien que en los del razonamiento teórico, y en parte también a la facultad humana de adaptación al medio, por virtud de la cual aceptamos o toleramos lo que nos es habitual, mucho más fácilmente, que lo que nos es extraño”. CECIL H., *Conservatism*, trad. de Rafael Luego Tapia, Editorial Labor, Barcelona, 1929, p. 9. A Burke dedica Hugh Cecil el tercer capítulo de su libro, pp. 36 y ss.

evita que la afirmación sobre el valor de las instituciones sociales sea meramente dogmática»¹⁸⁰⁶. Lo que no es de recibo es que Devlin al presentar las tesis del conservadurismo deje cerrada toda posibilidad de oposición o crítica racional. El conservadurismo con el que Devlin nos obliga a comulgar impide que la moral positiva que queda congelada en normas sea objeto de juicio desde una moralidad crítica.

Hart niega que en la actualidad pueda ser plausible una moralidad crítica basada en el estatus que concedan sus seguidores a algún tipo de mandato divino o de verdad eterna revelada. Y no puede serlo porque, además de que la Ilustración echara el cierre al cielo y situara al hombre en el centro del pensamiento, «usar la coerción para mantener el statu quo moral en cualquier momento de la historia de una sociedad sería detener artificialmente el proceso que otorga a las instituciones sociales su valor»¹⁸⁰⁷. El conservadurismo moral, a juicio de Hart -que no rechaza por completo la tesis de la conservación de la sociedad- podría funcionar, a lo sumo, como «una forma de moralidad crítica que podría usarse en la crítica de las instituciones sociales»¹⁸⁰⁸. Es decir, el propio conservadurismo podría ser un buen candidato para integrar los contenidos de una moralidad crítica, desde la que enjuiciar las instituciones establecidas para mejorarlas, pero siempre desde una postura abierta al debate y al argumento, no desde la imposición dogmática a la que Devlin nos aboca.

En línea similar se situaba el planteamiento de Feinberg, para quien «una forma de moralismo legal puro implícita en los argumentos de muchos ‘conservadores’ que usarían el Derecho penal para evitar conductas desviadas o excéntricas, fueran o no dañinas u ofensivas, es el llamado ‘conservadurismo moral’»¹⁸⁰⁹. Feinberg aplica esta etiqueta a quienes defienden un principio limitador de la libertad que respalda la coerción legal para evitar un cambio drástico en la forma de vida de un grupo. Los cambios sociales drásticos o esenciales para el conservador moral puro son un mal en sí mismo sea cual sea su efecto sobre los intereses y sensibilidades de las personas, y un mal de tal magnitud que es moralmente legítimo evitar usando sanciones penales:

«Una parte importante de toda sociedad es, por supuesto, su moralidad dominante, y eso puede ser lo que los legisladores conservadores dicen estar preservando cuando presentan proyectos de ley

¹⁸⁰⁶ HART H.L.A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, op. cit., p. 158.

¹⁸⁰⁷ HART H.L.A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, op. cit., pp. 158-159.

¹⁸⁰⁸ HART H.L.A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, op. cit., p. 157.

¹⁸⁰⁹ FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. IV: Harmless Wrongdoing, op. cit., p. 39.

relativos a la protección de la familia. Independientemente de lo que entendamos por moralidad, los conservadores insisten en que no es una cosa trivial que nos une como pueda ser el béisbol o la tarta de manzana, sino un elemento complejo y central, que es de hecho esencial, llamado ‘forma de vida’»¹⁸¹⁰.

El propio Hart no descartó que dentro de la moralidad de cualquier grupo haya un área cuya importancia sea incuestionable, sin la cual la sociedad se convertiría en anarquía y que, por lo tanto, exige apoyo y protección. Esa parte de la moral (el *mínimo moral* de Hart) es la que permite que cualquier sociedad, para merecer tal nombre, no sea sólo una simple aglutinación de individuos. Pero el mínimo moral no debería tratar de incluir la parte de la moralidad de una comunidad que la convierte en una comunidad distintiva y que la diferencia de otras sociedades con otros estilos de vida y otras tradiciones. Más bien, el mínimo moral es la moralidad que la sociedad tiene en común con todas las demás sociedades reales y concebibles. El problema es que «el conservador moral protegerá no solo el mínimo moral común, sino también otras reglas morales que considera esenciales para la identidad distintiva de su sociedad. Y preservar esa identidad, piensa, es razón suficiente para imponer restricciones legales, incluyendo el uso de la fuerza coercitiva a través del Derecho penal»¹⁸¹¹. Ante ello podemos preguntarnos, con C.L. Ten, «¿pero qué cuenta como cambio fundamental en la sociedad? ¿cómo distinguimos entre instituciones esenciales y no esenciales?»¹⁸¹².

Ya sabemos cuál es la respuesta de Devlin a esas preguntas. Ante la cuestión de cómo determinar los principios morales que se aceptan en la sociedad «el legislador no necesita de la ayuda de filósofos morales, ni tampoco tiene que estudiar las discusiones en torno a cuestiones secundarias. Sólo está interesado en lo que el hombre de a pie -el hombre que forma parte del jurado, al que también se le puede llamar el buen padre de familia- considera aceptable»¹⁸¹³.

El conservadurismo moral de Devlin se ha tornado en populismo moral cuando piensa que lo digno de conservación es lo que el pueblo considera aceptable. Uno de los grandes logros de la democracia habría sido, a su juicio, que «los asuntos de gran importancia se decidan según la opinión del ciudadano de a pie, que actúa tan

¹⁸¹⁰ FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. IV: Harmless Wrongdoing, op. cit., p. 79.

¹⁸¹¹ FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. IV: Harmless Wrongdoing, op. cit., p. 79.

¹⁸¹² TEN C.L., *Enforcing a shared morality*, op. cit., p. 325.

¹⁸¹³ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 141.

racionalmente en asuntos de política como en asuntos de moralidad»¹⁸¹⁴. Si la democracia ha traído la igualdad de todos los hombres y admitimos que «todos los hombres tienen la misma capacidad de razonamiento y la misma fuerza mental para controlar sus facultades más viles de sentir y emocionarse, no puede haber objeción alguna a que la moral se determine mediante el voto popular»¹⁸¹⁵.

Solamente podría objetar esa igualdad quien adujera que la opinión de las mentes más educadas y mejor entrenadas es una fuente de moralidad superior a la opinión del hombre de la calle. Si no estamos dispuestos a sostener semejante barbarie, el legislador puede acudir a los sentimientos de cualquier hombre de la calle como él para desentrañar cuál es la moralidad que deben proteger las leyes. El legislador no necesita ninguna fuente de revelación divina ni verdades absolutas en su tarea de buscar cuáles son las normas morales dignas de protegerse. La verdad no está tan alejada del voto popular. Al fin y al cabo, «lo que el legislador debe determinar no es la opinión verdadera sino la opinión común»¹⁸¹⁶.

2. LA APELACIÓN A LOS SENTIMIENTOS DE LOS POPULISTAS MORALES.

Una constante en las obras de Stephen y Devlin es apelar al disgusto, al sentimiento de repulsa que algunos comportamientos despiertan en la población, representada en el *hombre del autobús de Clapham*:

«La fuerte repugnancia de este hombre nos da un buen motivo para la regulación legal, porque tal repugnancia indica que la práctica tiende a destruir el tejido social. Afecta no sólo a la vida de un individuo, sino que, a causa de la representatividad de este individuo, a la comunidad entera. Nos muestra lo que tenemos que eliminar si queremos que la comunidad sobreviva»¹⁸¹⁷.

Se trataría de un criterio que justifica la imposición legal de la moral positiva, con independencia de que las conductas afecten o no a terceras personas, se hagan en público o en privado o por adultos que consienten. De ahí que los moralistas sostengan que «la

¹⁸¹⁴ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 142.

¹⁸¹⁵ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 144.

¹⁸¹⁶ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 145.

¹⁸¹⁷ NUSSBAUM M., *El ocultamiento de lo humano: repugnancia, vergüenza y ley*, op. cit., p. 175.

ofensa a los sentimientos se produce no sólo cuando las actividades inmorales o sus preliminares comerciales se imponen a testigos no voluntarios, sino también cuando aquellos que condenan enérgicamente ciertas prácticas sexuales como inmorales se enteran de que otros se abandonan a ellas en privado»¹⁸¹⁸.

El populismo moral acostumbra a invocar a los sentimientos de una mayoría que, precisamente por ser mayoría, son expresión del tenaz rechazo de los comportamientos que estimulan tales reacciones desagradables. Pero «estas reacciones son irracionales tanto porque corporizan la aspiración de convertirse en un tipo de ser que uno no es, como porque, en el proceso de perseguir esa aspiración, hacen de terceros el blanco de perjuicios graves»¹⁸¹⁹. El populismo moral busca la justificación democrática de la norma en el origen mayoritario de la misma. Como la norma es producto de la voluntad de una mayoría, su legitimidad es incuestionable. Este tipo de fundamentación es propia del *originalismo* norteamericano al que apelan los conservadores para oponerse a los cambios en la moralidad consuetudinaria basada en los valores de la tradición y el respeto a los Padres Fundadores. Así, en *Bowers v. Hardwick*, a la Corte le parecía que «ninguna norma contenida en la Constitución ampara un supuesto derecho fundamental de los homosexuales a participar en actos de sodomía consensuada. Las prohibiciones contra esa conducta tienen raíces antiguas»¹⁸²⁰. También Scalia al formular su voto disidente en *Lawrence v. Texas* mantuvo que nadie se atrevería a cuestionar que «la afirmación de que la sodomía homosexual no es un derecho fundamental está profundamente arraigada en la historia y en la tradición de esta Nación»¹⁸²¹. Esta apelación a la tradición deja al oponente sin argumentos y sitúa el debate fuera de los límites de la racionalidad, ya que recurre al sacrosanto mantra de la historia para justificar todo aquello que perdura en el tiempo por el mero hecho de que siempre ha sido así y no hay motivo para cambiarlo.

Pero apelar a esta legitimidad de origen para tratar de justificar la imposición jurídica de una norma moral no está exenta de problemas. Para el populismo moral la legitimidad de origen que tiene la norma quedaría garantizada por haber sido el producto de una mayoría moral abrumadora o por ser el fiel reflejo de los sentimientos de disgusto, indignación y repugnancia del hombre del autobús de Clapham. Los populistas habrían

¹⁸¹⁸ HART H.L.A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, op. cit., p. 134.

¹⁸¹⁹ NUSSBAUM M., *El ocultamiento de lo humano: repugnancia, vergüenza y ley*, op. cit., p. 93.

¹⁸²⁰ *Bowers v. Hardwick*, 487 U.S. 186, 192 (1986)

¹⁸²¹ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 597 (2003), Scalia J., dissenting.

pensado, como Dworkin denunció, que las características del entorno ético de una comunidad pueden ser definidas en forma colectiva, «prevaleciendo el punto de vista del ganador, de manera que la mayoría, o alguna minoría, si es vencedora, los defina de manera exclusiva»¹⁸²².

El equívoco en el que incurre este populismo moral, y que Hart evidencia, es que confunde «el aceptable principio de que es mejor dejar el poder político en manos de la mayoría con la inaceptable afirmación de que lo que hace la mayoría con ese poder está exento de crítica y nunca puede oponerse resistencia»¹⁸²³. Esto convertiría al populismo moral en inmune a toda crítica y olvidaría que la *moral positiva* impuesta a través de normas jurídicas puede ser también enjuiciada desde la *moral crítica*. Hay que justificar críticamente por qué la moral positiva es una buena moral para ser impuesta a través del Derecho. Si no cumple la racionalidad de la moralidad crítica, quizás la moral positiva no sea la mejor aspirante a imponerse a través de normas jurídicas. Por obviar ese juicio crítico «Devlin había concluido apresuradamente que la moralidad positiva era una moralidad justificada, y de ahí había inferido que el Derecho debía reforzar esa moralidad»¹⁸²⁴. Lo que no se puede hacer es, siguiendo a De Páramo, que de la proposición que sostiene que alguna moral compartida pueda ser esencial para la existencia de una sociedad, se deduzca que una sociedad debe identificarse con su moral social histórica¹⁸²⁵. En cambio, los tres jueces disidentes en *Lawrence v. Texas* se apremiaron demasiado y del dato fáctico de que la sodomía era rechazada en la sociedad pasaron a justificar la prohibición de todo derecho a la libertad sexual de los participantes en dicha práctica. No cuestionaron lo justificado o no que podía estar imponer una moralidad de este tipo, pues lo único que era relevante es que dicho comportamiento era rechazado con ahínco en la moralidad tradicional:

«Muchos estadounidenses no quieren a las personas que participan abiertamente en prácticas homosexuales como socios en sus negocios, como monitores de scouts o maestros en las escuelas para sus hijos o como internos en su hogar. Esto es un modo de protegerse a sí mismos y a sus familias de un estilo de vida que creen que es inmoral y destructivo»¹⁸²⁶.

¹⁸²² DWORKIN R., *La Comunidad Liberal*, op. cit., p. 140.

¹⁸²³ HART H.L.A.; *Derecho, Libertad y Moralidad*, op. cit., pp. 162-163.

¹⁸²⁴ LAPORTA F.J., *Entre el Derecho y la moral*, op. cit., p. 52.

¹⁸²⁵ PÁRAMO J.R., *El moralismo legal contraataca*, op. cit., p. 577.

¹⁸²⁶ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 602 (2003), Scalia J., dissenting.

Debe tenerse en cuenta que la adopción de una decisión de forma democrática, esto es, atendiendo al criterio de la mayoría (criterio cuantitativo), debe entenderse de forma limitada ya que no garantiza la corrección de la decisión adoptada (criterio cualitativo). No debe olvidarse que ciertas decisiones, aunque se adoptaran siguiendo el método democrático-mayoritario, deberían permanecer ajenas al debate público y a la negociación. Podría argumentarse que hay una serie de cuestiones que están fuera de la arena política, del catálogo de materias legibles o, en la terminología de Wolfenden, que *no son asunto del Derecho*.

En un sistema democrático el legislador, al analizar los argumentos y posiciones populares, debe tamizar «intentando determinar cuáles son prejuicios o racionalizaciones, cuáles presuponen principios o teorías generales que no se podría suponer que fuesen aceptados por gran parte de la población, y así sucesivamente»¹⁸²⁷. Puede suceder que al acabar su proceso de reflexión, no haya encontrado unanimidad sobre un parecer, no haya consenso moral que incorporar a la ley o no haya indicios suficientes para suponer un rechazo social tan magnánimo que deba quedar reflejado con ahínco en la legislación. De ser así, ilustra Nussbaum, el legislador «haría bien en arrojar la repugnancia al basurero en el que a ésta le gustaría echarnos a muchos de nosotros»¹⁸²⁸.

Para Dworkin, lo escandaloso y erróneo de lord Devlin no es su idea de que la moralidad comunitaria cuente, sino su idea de *qué* es lo que cuenta como moralidad comunitaria. Si es cierto que «ningún legislador puede permitirse el lujo de ignorar la indignación pública» tampoco cabe «confundir la indignación popular, la intolerancia y la repugnancia con la convicción moral»¹⁸²⁹. Ya que siempre tenemos la misma posibilidad tanto de acertar como de equivocarnos cuando imponemos la opinión de una mayoría como ley en cuestiones de conducta personal¹⁸³⁰.

¹⁸²⁷ DWORKIN R., *Lord Devlin and the Enforcement of Morals*, op. cit., p. 1001.

¹⁸²⁸ NUSSBAUM M., *El ocultamiento de lo humano: repugnancia, vergüenza y ley*, op. cit., p. 93.

¹⁸²⁹ DWORKIN R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 367.

¹⁸³⁰ MILL J.S., *Sobre la libertad*, op. cit., p. 192.

3. LOS RIESGOS DEL POPULISMO MORAL PARA LA DEMOCRACIA.

Las diferencias entre las posturas que mantienen Stephen, Devlin o Hart acerca del moralismo legal generan a la larga cuestiones importantes sobre el modelo democrático. La democracia no es inmune al populismo moral y este puede acarrear serias consecuencias en la vida de una comunidad y afectar al modelo de vida social. Aunque la legitimidad de origen pudiera quedar garantizada según los argumentos esgrimidos por Devlin al apelar al origen mayoritario de la norma, también la democracia exige una legitimidad de ejercicio que respete los derechos y las libertades de los individuos. La auténtica legitimidad del poder democrático se gana no sólo por su origen, sino también, y sobre todo, por la forma de ejercerse ese poder.

El populismo moral comprometería, por ejemplo, el grado de pluralismo que es propio de todo sistema democrático. Las sociedades actuales están lejos de ser tan homogéneas como piensan los conservadores. En ellas existen distintos grupos minoritarios con sus particulares éticas privadas y su propio modo de entender los proyectos de desarrollo humano. La mayoría moral podría sofocar los deseos y proyectos de los grupos más vulnerables por el simple hecho de ser mayoría y no converger con la doctrina comprensiva que abraza la cultura minoritaria. El simple rechazo de la mayoría puede condenar al grupo minoritario a una vida de ocultamiento y penuria. La cultura política de una sociedad democrática se caracteriza por que «la diversidad de doctrinas comprensivas religiosas, filosóficas y morales presente en las sociedades democráticas modernas no es un mero episodio histórico pasajero; es un rasgo permanente en la cultura pública democrática»¹⁸³¹. El “hecho del pluralismo” ha venido para quedarse y el populismo moral no puede convertir a la sociedad en *una tela de una sola pieza* pretendiendo imponer la moral del grupo mayoritario a una sociedad que es de por sí heterogénea.

Joel Feinberg avisó de que el moralismo atenta contra la idea misma del pluralismo. Si la teoría democrática avala la idea de que es mejor que gobierne la mayoría ello no puede ser a costa de someter a los grupos minoritarios. Aunque el gobierno sea ejercido por la mayoría, sólo merecerá el calificativo de democrático si la minoría ha

¹⁸³¹ RAWLS J., *El liberalismo político*, op. cit., p. 66.

tenido la oportunidad de convertirse en mayoría o ha deseado, en cambio, seguir siendo minoría. Tratar de convertirse en mayoría presumiblemente requiere esfuerzos para persuadir a los demás para que se unan a la causa, pero el moralismo «veda esa oportunidad a la persona cuyas actividades se consideran criminales y están prohibidas bajo pena de castigo»¹⁸³². A cualquier conservador moral que utilice un principio tal que justifique la prohibición legal de los estilos de vida de las minorías le será difícil explicar por qué ese mismo principio no establece con la misma coherencia otro tipo de imparcialidad. El pluralismo desaparecería porque esa disparidad de éticas privadas o modelos de vida se prohibirían por considerarse intrínsecamente inmorales, por debilitar la cohesión social de una comunidad alrededor de un único código moral compartido y por favorecer la desintegración de la sociedad.

El ejemplo en el que se basó la polémica entre Hart y Devlin sigue estando latente. El informe *Homofobia de Estado 2019* de la Asociación Internacional de Gais, Lesbianas, Bisexuales, Transexuales e Intersexuales (ILGA), difundido el 20 de marzo del 2019, de 536 páginas y realizado por Lucas Ramón Mendos, revela que 70 Estados continúan criminalizando las actividades consensuales entre personas del mismo sexo. Aunque el avance global ha sido significativo (India, Trinidad y Tobago y Angola han sido los últimos países en derogar sus leyes discriminatorias), también hay retrocesos legales como el de Chad, que ha empezado a condenar los actos sexuales consensuales entre personas del mismo sexo. En los otros 123 Estados miembros de la ONU los actos sexuales consensuales entre adultos del mismo sexo son legales.

De los 70 Estados miembros de la ONU que siguen penalizando los actos sexuales consensuales entre adultos del mismo sexo (68 mediante disposiciones explícitas de la ley, 2 de facto), en 6 de ellos se impone directamente la pena de muerte a los homosexuales (Irán, Arabia Saudita, Yemen, Sudán, Somalia y Nigeria) y en otros 5 Estados la pena de muerte sigue siendo posible (Pakistán, Afganistán, Emiratos Árabes Unidos, Qatar y Mauritania). El Informe resalta que aunque Irak ha desaparecido de la lista “por la eliminación del Estado Islámico, queda como un país que criminaliza *de facto* debido a que persigue a los homosexuales utilizando leyes de escándalo público, prostitución y otras”. En otros 26 países la condena máxima por estos actos varía entre 10 años de prisión y cadena perpetua. En 31 se castiga con hasta ocho años. Además,

¹⁸³² FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. IV: Harmless Wrongdoing, op. cit., p. 53.

jurisdicciones que no pertenecen a Estados miembros de la ONU también castigan estas conductas, como Gaza, las Islas Cook y ciertas provincias de Indonesia. En resumen, en uno de cada tres países del mundo (35%) es peligroso mostrarse como miembro de la comunidad LGTBI.

De las 123 naciones en las que mantener relaciones sexuales con personas del mismo sexo no está perseguido, sólo 26 países reconocen el matrimonio igualitario, 27 han regulado las uniones civiles, 72 naciones tienen leyes que protegen a los homosexuales y lesbianas de ser discriminados en el trabajo, 39 países poseen normas que castigan la incitación al odio, la discriminación o la violencia contra una persona por razón de orientación sexual y 28 permiten adoptar a gais y lesbianas. Sólo 9 Estados contienen en su Constitución la mención explícita de que la orientación sexual no debe ser motivo de discriminación (entre ellos Portugal, Ecuador, Bolivia o Sudáfrica, un paradigmático ejemplo de igualdad en el desolador panorama africano)¹⁸³³.

El ejemplo de la homosexualidad representa un caso de cómo el pluralismo trata de ser aplastado haciendo uso del Derecho, llegando incluso a la aplicación de la pena capital para aquellos que manifiesten una conducta contraria a la permitida en el único código moral posible. Son casos en los que se criminaliza, se dificulta o no se reconocen efectos jurídicos a determinados comportamientos, que son manifestación de la pluralidad de planes de vida que las personas eligen en virtud de su autonomía, por considerarse simplemente inmorales. Feinberg, entre los motivos que alega para oponerse al populismo moral, señala que el veredicto de la historia nunca se podrá pronunciar si todos los cambios van siendo bloqueados constantemente por el Derecho penal. Además, resulta difícil comprobar que la imposición de la moral se aplica para preservar aquellas partes de la moral especialmente valiosas, es decir, cuyo cambio sería intrínsecamente perjudicial para la comunidad. No es posible saber si el cambio que introduciría el pluralismo es malo o no. No sabemos si está justificado que las normas más sagradas de una comunidad se deban preservar mediante el Derecho o si responden solamente a tabúes históricos. Además de esas razones, hay una línea de crítica liberal para oponerse al moralismo aún más importante:

¹⁸³³ MENDOS L.R., *State-Sponsored Homophobia 2019*, International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association, Geneva, marzo 2019. Consultado en <https://ilga.org/es/ilga-lanza-informe-homofobia-estado-2019>

«Aunque un cambio social determinado fuera considerado un mal que incluso exigiera usar el Derecho penal para evitarlo, sería moralmente ilegítimo hacerlo en cualquier caso. La imposición legal sería ilegítima según la razón general de que la necesidad de prevenir los males que flotan libremente por la sociedad, aunque pudieran constituir una razón relevante para obrar bajo otras formas, no es el tipo de razón que puede tener el peso suficiente para justificar las invasiones en los intereses (los intereses producto de la libertad, entre otros) de seres humanos específicos, particulares, de carne y hueso»¹⁸³⁴.

Ya Rawls nos recordó que el fruto de ese pluralismo arrojará desacuerdos entre las distintas morales privadas y que podrían convivir «una diversidad de doctrinas comprensivas encontradas, irreconciliables y, lo que es más, razonables»¹⁸³⁵. El pluralismo que trata de silenciar el populismo moral es precisamente el derivado de esta variedad de doctrinas comprensivas razonables, que incluyen nuestra concepción acerca de lo que es valioso para la vida humana, los ideales de carácter de la persona, así como ideales de amistad y de relaciones familiares y asociativas, y muchas otras cosas que informan acerca de nuestra conducta, y en el límite, sobre la globalidad de nuestra vida. Los comportamientos que son manifestación de esta pluralidad de planes de vida, aunque algunos de ellos se consideraran inmorales y que no causan daño a terceros, no es comprensible que puedan ser prohibidos en base a los sentimientos de disgusto que tales comportamientos generan en la comunidad. El reproche penal no elimina el pluralismo, que es inevitable, y lo único que se revela cuando los conservadores hacen uso de él para reprimir conductas inmorales es que están emitiendo su juicio ramplón de tildarlas como ‘antinaturales’¹⁸³⁶. Sin poder alegar mayores motivos de peso.

Además el populismo moral confunde el principio democrático que considera que es mejor que el poder esté en manos de la mayoría con la afirmación inaceptable de que todo se puede decidir mediante el procedimiento mayoritario que garantiza, además, la corrección del resultado al que se llegue. No toda cuestión puede ser resuelta por una mayoría ni la mayoría asegura que se alcance un resultado correcto. El juego de las mayorías será el procedimiento que legitime las decisiones democráticas pero no debe olvidarse que, apelando al principio del daño, ciertas cuestiones son indiscutibles y están sustraídas al debate político. En el caso *Lawrence v. Texas*, por ejemplo, se determinó

¹⁸³⁴ FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. IV: Harmless Wrongdoing, op. cit., p. 66.

¹⁸³⁵ RAWLS J., *El liberalismo político*, op. cit., p. 67.

¹⁸³⁶ HART H.L.A.; *Derecho, Libertad y Moralidad*, op. cit., p. 152.

que hay una serie de cuestiones que se hallan fuera del alcance de la intervención del poder político. Son en definitiva materias no legislables:

«La libertad protege a la persona de intromisiones gubernamentales injustificadas en su vivienda o en otros lugares privados. En nuestra tradición el Estado no está omnipresente en el hogar. Y hay otras esferas de nuestra vida y existencia, fuera del hogar, en las que el Estado tampoco tiene una presencia dominante. La libertad se extiende más allá de los límites espaciales. La libertad supone una autonomía sobre uno mismo que incluye la libertad de pensamiento, creencia, expresión y cierta conducta íntima»¹⁸³⁷.

Fue Stuart Mill, como hemos visto, el autor que mejor reivindicó, a través del principio del daño, la defensa de este espacio privado libre de injerencias. Un espacio en el que no está justificado que intervenga la legislación aunque operara bajo el juego de las mayorías. Simplemente es un área de la libertad del individuo que «le concierne meramente a él, en la que su independencia es, de derecho, absoluta»¹⁸³⁸. En todas aquellas conductas *self-regarding* (todo aquello que no afecta en absoluto a ningún otro más que al propio agente) no debe intervenir la represión política ni social. Porque el individuo es el que mejor conoce sus intereses y sabe, mejor que ningún otro tercero, cuál es su propio bien. La única justificación que puede alegar el Estado para intervenir en la esfera de libertad de un individuo es que su acción provocaría un daño a los demás.

La delimitación del concepto de daño acarrea toda una serie de problemas ya estudiados. Feinberg intenta determinar cuál es el tipo de daño que alegan los populistas morales para justificar la interferencia del Estado en la vida privada de las personas. Según Feinberg, habría tres sentidos posibles de la palabra daño: uno encontraría su mejor sinónimo en el término “roto”; causar daño, en este sentido, es afectar negativamente una cosa dejándola inservible para su uso¹⁸³⁹. El segundo sentido se refiere al concepto de daño «como la frustración, el retroceso o la derrota de un interés». El término “interés” cuando se usa de esta manera obviamente no significa referirse a “dinero debido por un préstamo” ni a la “emoción que despierta nuestra atención o curiosidad”. El interés de una persona es una colección conjunta de todas aquellas cosas en las que se tiene una participación que de perturbarse quedaría afectado de un modo u otro nuestro nivel de

¹⁸³⁷ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 562 (2003).

¹⁸³⁸ MILL J.S., *Sobre la libertad*, op. cit., p. 80.

¹⁸³⁹ FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. I: Harm to Others, op. cit., p. 32.

bienestar¹⁸⁴⁰. Pero hay un tercer sentido de daño en términos *normativos* que «resulta más plausible para cualquier formulación que hagamos del principio del daño». Decir que A ha perjudicado a B en este sentido es decir que «una persona daña a otra cuando su conducta no admite defensa alguna (es injustificada e inexcusable) por violar el derecho de otro, invadiendo además los intereses de ese otro que resultan perjudicados»¹⁸⁴¹. Sólo en este tercer sentido normativo podemos entender, entre todas las acepciones posibles del término *víctima*, que nos hallamos verdaderamente ante una persona víctima de un daño¹⁸⁴². La “condición dañosa” que convierte a una víctima en *dañada*, y no meramente en ofendida, agraviada o disgustada, sólo cabría ser aplicada si se cumple la secuencia lógica que propone Feinberg de un “test contrafáctico” en seis pasos. A daña a B si y solo si:

- «1. A actúa (en un sentido suficientemente amplio como para incluir omisiones y ejecuciones duraderas de actividad)
2. de una manera tal que es dañina o incorrecta en relación a los riesgos que crea para B, ya sea con la intención buscada de provocarle dichas consecuencias u otras adversas similares, actuando con negligencia o imprudencia respecto a esas consecuencias; y
3. actuando de esta manera, el comportamiento de A es inadmisible, esto es, injustificable e inexcusable; y
4. la acción de A causa un efecto adverso en los intereses propios de B (condición dañosa), lo cual también supone
5. una violación de los derechos de B; y
6. los intereses personales de B están en peor posición de la que hubieran estado si A no hubiera actuado como lo hizo»¹⁸⁴³.

La sexta condición es la “cláusula contrafáctica”, y es la que impide considerar que «alguien se considere “ofendido” o agraviado por la conducta privada de algún extraño sobre la única base de que él lo desaprueba o “siente disgusto”»¹⁸⁴⁴. Este “ofendido” no reúne la “condición dañosa” que lo sitúa como víctima, pues sus intereses

¹⁸⁴⁰ FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. I: Harm to Others, op. cit., p. 34.

¹⁸⁴¹ FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. I: Harm to Others, op. cit., p. 34.

¹⁸⁴² FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. I: Harm to Others, op. cit., p. 118.

¹⁸⁴³ FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. IV: Harmless Wrongdoing, op. cit., p. 26.

¹⁸⁴⁴ FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. IV: Harmless Wrongdoing, op. cit., p. 56.

personales no se ven afectados negativamente por la actividad de A que le produce disgusto. Es decir, la actividad de A, al desplegarse, no deja a B en peor situación de la que hubiera tenido si A no hubiera actuado así. Pero los conservadores morales afirman «precisamente que la conducta privada les daña porque les perjudica y merma el interés genuino que tienen en vivir en una cierta clase de comunidad (homogénea), es decir una comunidad en la que las personas no se comportan de la manera que ellos menosprecian, ni siquiera en privado»¹⁸⁴⁵.

Para evitar que cuente como daño toda afectación negativa a los intereses de otros, aunque sea meramente a sus sentimientos de disgusto, Dworkin rechaza «el argumento que defienden los que apoyan las decisiones de la mayoría según el cual ésta tiene derecho a eliminar cualquier elemento que considere dañino en el entorno ético»¹⁸⁴⁶. Son las decisiones individuales de multitud de personas las que han de ir configurando el entorno ético de la comunidad en la que viven. Cada miembro de la mayoría tiene el derecho a ejercer solo un impacto justificado sobre su entorno, impacto que debe ser comparable al que ejerce cualquier otro individuo. Se debe rechazar entonces el argumento de que la mayoría está en mejor posición para decidir qué se considera correcto o incorrecto, pues «no existe ninguna razón práctica para que dicho entorno deba ser definido por lo que un grupo determinado considera que es mejor»¹⁸⁴⁷.

En la definición de ese entorno ético, Devlin confundió «la legitimidad de la represión de la indecencia con la supuesta justificación de la represión de acciones inmorales ejecutadas en privado»¹⁸⁴⁸. Y son dos cosas distintas: la indecencia puede eventualmente caer en el terreno de la ofensa a los sentimientos a terceros, justificándose la intervención del Estado en la configuración del entorno ético para reprimir las conductas que puedan generar ese tipo de daños. Pero en la represión de la inmoralidad lo que se censura es un comportamiento que se considera dañino no por su capacidad para herir los sentimientos ajenos, sino porque se considera inherentemente incorrecto. El hecho es que la conducta ofende precisamente porque se la juzga inmoral; no se considera que sea inmoral porque cause molestia a los ofendidos que la perciben. De esta manera si la mayoría de las personas juzga inmoral la desnudez pública, la defecación pública o las

¹⁸⁴⁵ FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. IV: Harmless Wrongdoing, op. cit., p. 56.

¹⁸⁴⁶ DWORKIN R., *La Comunidad Liberal*, op. cit., pp. 142-143.

¹⁸⁴⁷ DWORKIN R., *La Comunidad Liberal*, op. cit., p. 143.

¹⁸⁴⁸ MALEM J., *Estudios de Ética Jurídica*, op. cit., p. 47.

relaciones sexuales en público, no es obviamente porque crean que son intrínsecamente ofensivas en todo tiempo y lugar, sino más bien porque ofenden a quienes las presencian. En estos casos, dice Feinberg, «las acciones son inmorales (o mejor ‘indecentes’) porque ofenden; no ofenden porque se las considera, por su naturaleza esencial, inmorales»¹⁸⁴⁹. Lo que daña no es la inmoralidad innata de la acción, sino que es su exhibicionismo público el que ofende. Por ello Feinberg confiesa no encontrar razón para que «una persona cuyos intereses no han sido afectados negativamente, y que aún puede vivir una buena vida, pueda tener una queja personal contra la gente de su ‘entorno social’ que discretamente viven sus propias vidas y forman sus propios puntos de vista de manera que él encuentran lamentable»¹⁸⁵⁰. La indignación de quienes sienten repugnancia por el mero conocimiento de algo que les desagrada no debería tenerse en cuenta en absoluto en el cálculo del daño que ello provoca¹⁸⁵¹. En la sentencia del caso *Obergefell v. Hodges*, que legalizó el matrimonio entre personas del mismo sexo en Estados Unidos en el año 2015, se comprueba cómo el rechazo tradicional de la homosexualidad no responde a que ésta se haya considerado inherentemente inmoral, sino que ha sido su poder para disgustar lo que la ha convertido en una conducta tachada de inmoral:

«Hasta mediados del siglo XX, la intimidad con personas del mismo sexo había sido condenada durante mucho tiempo como inmoral en la mayoría de las naciones occidentales, una creencia que a menudo estaba respaldada por el Derecho penal. Por esta razón, entre otras, muchas personas no consideraron que los homosexuales tuvieran dignidad dada su propia identidad. La declaración sincera de las parejas homosexuales de lo que había en sus corazones tenía que permanecer en silencio. Incluso cuando se produjo una mayor conciencia de la humanidad e integridad de las personas homosexuales en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial, el argumento de que los homosexuales y lesbianas realizaban una justa reivindicación de su dignidad estaba en conflicto tanto con la ley como con las convenciones sociales generalizadas. La intimidad entre personas del mismo sexo siguió siendo delito en muchos Estados. A los gays y lesbianas se les prohibió la mayoría de los empleos en el gobierno, se les prohibió el servicio militar, se les excluyó de las leyes de inmigración, fueron atacados por la policía y se les limitaron los derechos de asociación. Durante gran parte del siglo XX, además, la homosexualidad fue tratada como una enfermedad (...). A fines del siglo XX, después de importantes desarrollos culturales y políticos, las parejas del mismo sexo comenzaron a llevar una vida más abierta y pública y constituyeron familias»¹⁸⁵².

¹⁸⁴⁹ FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. IV: Harmless Wrongdoing, op. cit., p. 15.

¹⁸⁵⁰ FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. IV: Harmless Wrongdoing, op. cit., p. 68.

¹⁸⁵¹ DWORKIN R., *Una cuestión de principios*, op. cit., p. 423.

¹⁸⁵² *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___, 7-8 (2015)

Otra de las consecuencias que deriva de este populismo moral es, como vemos, la diferencia de trato que otorga, sin justificación suficiente, a personas que están en la misma situación por realizar el mismo comportamiento. El principio de igualdad queda seriamente comprometido cuando las personas heterosexuales tendrían plena libertad para definir su vida sexual sin que ninguna de las conductas relacionadas con su sexualidad llegara a ser considerada como delito, mientras que las personas homosexuales reciben un trato diferenciado y su comportamiento sexual es considerado criminal. No cumple el mandato constitucional de igualdad una ley que utiliza «la desaprobación moral de un grupo como base racional de la Cláusula de Igual Protección para criminalizar la sodomía homosexual cuando la sodomía heterosexual no es castigada»¹⁸⁵³. La desaprobación moral de un grupo no puede ser un interés gubernamental legítimo en virtud del principio de igualdad porque los tipos penales no deben establecerse con el fin de beneficiar a un grupo a costa de perjudicar a otro. La igualdad de trato exige que, en igualdad de circunstancias, ambos grupos sean tratados por igual. Y la desaprobación moral no es una circunstancia que justifique la quiebra del principio y la imposición de una traba al grupo discriminado. El disgusto «no es una razón suficiente en virtud de la Cláusula de Igual Protección para justificar una ley que discrimina entre grupos de personas»¹⁸⁵⁴.

En una sociedad liberal, sus miembros, frente a quienes intenten imponer un determinado modo de vida, ostentan “un derecho a la libertad”, esto es, un «derecho a que la propia libertad no se vea limitada simplemente porque a otros les repugna lo que uno se propone hacer»¹⁸⁵⁵. Este “derecho” operaría junto con el -también enunciado por Dworkin- “derecho a la independencia moral”, al que ya nos hemos referido en este trabajo¹⁸⁵⁶. Lo que me interesa remarcar aquí es que estos derechos “a la libertad” y “a la independencia moral” reclaman del gobierno una actitud de respeto por la igualdad entre todos aquellos planes de vida que, sin causar daño ni presentar circunstancias que

¹⁸⁵³ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 582 (2003).

¹⁸⁵⁴ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 583 (2003).

¹⁸⁵⁵ DWORKIN R., *Una cuestión de principios*, op. cit., p. 425.

¹⁸⁵⁶ Recuérdese que el ‘derecho a la independencia moral’ es un “derecho a no resultar desfavorecidos en la distribución de bienes y oportunidades sociales, entre los cuales se cuentan las libertades que les garantiza el derecho penal, sólo porque sus funcionarios o conciudadanos piensan que sus opiniones sobre cuál es el modo correcto de vivir sus vidas son innobles o equivocadas”. DWORKIN R., *Una cuestión de principios*, op. cit., p. 433.

justifiquen la discriminación, aparecen irremediabilmente en toda sociedad culturalmente heterogénea.

El gobierno violaría estos derechos de sus ciudadanos cuando la única justificación aparente o plausible para un plan de limitar la homosexualidad (o la prostitución, o la pornografía) incluyera la hipótesis de que las actitudes sobre el sexo que tales conductas encarna son de alguna manera degradantes, inadecuadas o indecentes ante los ojos de otros miembros de la comunidad (aunque estos miembros constituyeran el grupo mayoritario). También el gobierno viola el derecho a la libertad y a la independencia moral cuando la justificación que utiliza para restringir tales conductas incluye la proposición de que la mayoría de las personas en la sociedad les duele o repugna que otros miembros de su comunidad (por cuyas vidas desperdiciadas o poco florecidas sienten lástima) se abandonan a tales prácticas.

Entre los motivos que el populista moral aduce para objetar la regulación permisiva en materia moral encontramos una mezcla de actitudes, creencias y gustos que impiden afirmar con seguridad que, de tenerlos en cuenta en la legislación, no violarían esto derechos a la libertad y a la independencia moral. Si pudiéramos desenredar la maraña de gustos y sentimientos, de tal modo que pudiéramos desechar los prejuicios y tabúes, no sabemos si lo que quedaría podría justificar una legislación que restringiera la libertad sexual de las personas. Seguramente este tipo de motivos «no puede brindar el tipo de discriminación que necesitamos»¹⁸⁵⁷. Distinguir entre las causas que justifiquen tal trato desigualitario de los meros prejuicios, que no pueden servir de base para justificar la discriminación, no es una tarea fácil. Principalmente porque la incomodidad que le puede producir a algunas personas el saber que otros están incurriendo en tales prácticas no suele estar tan alejada de sus convicciones morales. Al menos una gran parte de la ofensa radica en que tales conductas se detestan debido al profundo rechazo que sienten por un modo de vida que consideran inferior e indeseable. Pero esto ya lo sabíamos.

Este tipo de motivos alegados por el populista moral no apelan a la discusión racional sino a los sentimientos y, cuando alguno de ellos aduce en el debate el carácter ‘antinatural’ de tales prácticas, los límites del discurso se difuminan y entramos en un terreno pantanoso en el que es imposible argumentar racionalmente. El debate racional

¹⁸⁵⁷ DWORKIN R., *Una cuestión de principios*, op. cit., p. 437.

propio de la democracia exige que cada uno alegue en defensa de su posición, para convencer o vencer al adversario, alguna razón que fundamente su postura. Pocas veces se podrá presentar con claridad y congruencia un principio moral al que nos ajustamos (los populistas morales sobre todo no están tan dispuestos a revelar el fundamento moral del cuál parten). Cualquier razón que uno alegue se asentará en una teoría o principio general más amplio, aunque dicho principio no sea enunciado o incluso se desconozca que se halla en la base de nuestra creencia. Pero estas teorías generales no están presentes en el debate, sino más bien lo que se aducen son las razones que derivan de dichas creencias más abstractas. Y aquí es dónde no cualquier razón sirve, ya que algunas proceden de criterios que la invalidan para el debate racional Dworkin citó cuatro motivos que muchos estarían en desacuerdo de que contaran como posiciones morales fuertes dignas de respeto y consideración en el debate (el prejuicio, la mera reacción emocional, la racionalización y la repetición mecánica):

«Aunque sea verdad que la mayoría de los hombres creen que la homosexualidad es un vicio abominable y no pueden tolerar su presencia, sigue siendo posible que esta opinión común sea un compuesto de prejuicio (basado sobre el supuesto de que los homosexuales son seres moralmente inferiores porque son afeminados), racionalización (basada sobre supuestos de hecho tan faltos de fundamento que cuestionan los propios estándares comunitarios de moralidad) y aversión personal (que no representa convicción alguna, sino que es simplemente un odio ciego que surge de una no reconocida desconfianza de sí mismos). Es igualmente posible que el hombre común no pueda dar razón de su opinión, sino que simplemente copie la opinión de su prójimo, que a su vez copia la de él, o que ofrezca una razón que presupone una posición moral general que él no podría afirmar con ningún grado de sinceridad o de coherencia, como la suya. En ese caso, los principios democráticos que seguimos no requieren que se imponga el consenso, porque la creencia en que los prejuicios, las aversiones personales y las racionalizaciones no justifican la restricción de la libertad ajena ocupa, por derecho propio, un lugar fundamental y crítico en nuestra moralidad popular»¹⁸⁵⁸.

El legislador democrático debe verificar la fuente de la que proceden los argumentos del populista moral. Al indagar, comprobará que entre sus argumentos se encuentran razones que no sirven para justificar una legislación como la que pretenden. El legislador debe verificar las credenciales de tal consenso. El consenso en torno al desagrado que producen algunas prácticas relacionadas con la moral sexual ciertamente puede existir, pero dicho consenso está fundamentado en una serie de razones incapaces

¹⁸⁵⁸ DWORKIN R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 366.

de recibir el apoyo del legislador democrático. Tanto Stephen como Devlin apelan constantemente al disgusto, al sentimiento de repulsa, al desagrado que ciertos comportamientos provoca en las ‘mentes sanas’ de la población, para justificar la imposición legal de la moral positiva, sin pararse a pensar cuáles de esos motivos responden a «prejuicios y racionalizaciones, cuáles presuponen principios o teorías generales de los que no se podría suponer que fuesen aceptados por gran parte de la población»¹⁸⁵⁹. Aunque precisamente, como señala Scalia, eso es lo bueno que tiene una legislación de este tipo, ya que «el beneficio de dejar la regulación de este asunto a las personas en lugar de a los tribunales es que las personas, a diferencia de los jueces, no tienen que llevar las cosas a su conclusión lógica. Las personas pueden sentir que su desaprobación de la conducta homosexual es lo suficientemente fuerte como para no permitir el matrimonio homosexual y legislar en consecuencia»¹⁸⁶⁰.

En un sistema democrático, en cambio, el legislador tratará de separar los argumentos racionales de los meros sentimientos de rechazo y puede que, al acabar este proceso de reflexión, encuentre que no ha quedado demostrada la afirmación del supuesto consenso moral al que apelan los moralistas. Un legislador que procede de esta manera, que se niega a confundir la indignación popular, la intolerancia y la repugnancia con el argumento racional, no está negando que el consenso en torno a esas actitudes de rechazo fácticamente exista. Simplemente está razonando que ese consenso no puede servir de fundamento a una legislación democrática. Ningún legislador puede hacer oídos sordos ante el clamor de la indignación popular, pero tampoco puede dejarse arrastrar por ella como lo haría el hombre del autobús de Clapham.

Jeffrie G. Murphy puso de relieve la discusión que a este respecto -sobre qué argumentos pueden entrar en un debate racional y cuáles no- se ha mantenido en la jurisprudencia norteamericana. Tradicionalmente los jueces de la Corte habrían distinguido entre un “escrutinio estricto”, en el que el gobierno debe demostrar que la intervención en la vida privada de los ciudadanos está justificada en base a un interés estatal superior, y una “prueba de base racional”, en la que simplemente, para justificar la intervención, bastaría con alegar algún interés razonable o racional.

¹⁸⁵⁹ DWORKIN R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 367.

¹⁸⁶⁰ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 604 (2003).

El juez White, en el caso *Bowers v. Hardwick*, consideró que la pregunta que debe responder la Corte es si la sodomía homosexual, para quedar justificada su prohibición, requiere superar un “escrutinio estricto”. White se negó a aplicar un “escrutinio estricto” al entender que la sodomía homosexual privada no está correctamente conceptualizada como un derecho fundamental (que es uno de los factores que se requieren para que proceda el “escrutinio estricto”). Interpretó que son derechos fundamentales los que se referían esencialmente al matrimonio, a la vida familiar y a la autonomía reproductiva y, dado que la sodomía homosexual no involucra ninguno de estos valores, no debe ser conceptualizada como un derecho fundamental y, por lo tanto, no requiere un “escrutinio estricto” para justificarse legítimamente su prohibición¹⁸⁶¹.

El juez White, tras haber rechazado el “escrutinio estricto”, buscó un escrutinio mínimo: la llamada “prueba de base racional”. A diferencia del “escrutinio estricto”, que requiere que el gobierno demuestre «que está persiguiendo un interés estatal convincente por medios que son necesarios para alcanzar ese interés, el escrutinio mínimo impone una carga mucho más débil para el gobierno: sólo debe demostrar que la carga que impone sobre la restricción de la libertad sirve, si no a un interés estatal convincente, al menos a un interés estatal que es razonable o racional»¹⁸⁶². Así operó el juez White este cambio de criterio:

«Aunque la conducta en cuestión aquí no sea un derecho fundamental, se afirma que debe haber una base racional para la ley y que en este caso no hay otra que la supuesta creencia de una mayoría del electorado de Georgia de que la sodomía homosexual es inmoral e inaceptable. Se dice que esta es una razón inadecuada para apoyar la ley. Sin embargo, la ley se basa constantemente en nociones de moralidad, y si todas las leyes que representan opciones esencialmente morales se invalidaran en virtud de la Cláusula del Debido Proceso, los tribunales estarían muy ocupados. Aunque el demandado no hace tal afirmación, insiste en que los sentimientos de la mayoría sobre la moralidad de la homosexualidad deben declararse inadecuados. No estamos de acuerdo, y no estamos convencidos de que las leyes contra la sodomía de unos 25 Estados deban ser invalidadas sobre esta base»¹⁸⁶³.

A juicio de Murphy, este razonamiento expuesto aquí no muestra al juez White en su mejor momento. Porque, «aunque admitamos como verdadero que, en una sociedad

¹⁸⁶¹ *Bowers v. Hardwick*, 487 U.S. 186, 191 (1986)

¹⁸⁶² MURPHY J.G., “Moral reasons and the limitation of liberty”, en *William and Mary Law Review*, vol. 40, 1999, p. 951.

¹⁸⁶³ *Bowers v. Hardwick*, 487 U.S. 186, 196 (1986)

democrática, la mayoría puede alegar un interés legítimo en imponer sus creencias morales a través del Derecho penal, no podemos interpretar que eso signifique que la mayoría debería tener un permiso para imponer cualquiera de sus creencias y deseos a través del Derecho penal. Ello privaría a la prueba de base racional de cualquier significado, al interpretarse que el simple deseo de la mayoría de querer algo equivale a tener una base racional para hacerlo»¹⁸⁶⁴. Para Murphy, la incapacidad de los moralistas para ver que no cualquier consideración sobre una convicción moral puede cumplir el papel de justificar legítimamente la intervención del Derecho penal se debe a que confunden tres preguntas que deben discutirse por separado:

- « (1) ¿Es cierto que una mayoría de ciudadanos mantiene una fuerte desaprobación de los comportamientos en cuestión?
- (2) Si fuera cierto, ¿tenemos una buena razón para pensar que dicha desaprobación es *moral* y que las actitudes, creencias y juicios que involucran son actitudes, creencias y juicios *morales*?
- (3) Si son actitudes, creencias y juicios morales, ¿son estas actitudes, creencias y juicios razonables y racionales?»¹⁸⁶⁵.

El hecho de que podamos distinguir estas tres preguntas al menos muestra que el eslogan “los ciudadanos de una sociedad democrática tienen un interés legítimo en imponer la moralidad” está abierto a una variedad de interpretaciones, y que algunas interpretaciones del eslogan serán más plausible que otras¹⁸⁶⁶. Los moralistas habrían decidido que «la desaprobación ciudadana de la sodomía homosexual era una desaprobación moral y de ahí habrían concluido que la prueba de base racional estaba superada, sin que la investigación distinguiera entre un juicio moral racional o razonable y la mera confusión de estupidez, ignorancia, prejuicio y animadversión»¹⁸⁶⁷.

Tampoco Devlin habría prestado atención a si esos comportamientos, con independencia de los sentimientos tan desagradables que pudieran despertar, afectan o no a terceras personas, o si se realizan en público o en privado o si los adultos involucrados han prestado su consentimiento o no. Circunstancias todas ellas que se deben tener en cuenta para determinar la respuesta que el sistema jurídico deba dar en cada caso. El menosprecio de esas circunstancias le hizo a Hart denunciar que la ofensa de los

¹⁸⁶⁴ MURPHY J.G., *Moral reasons and the limitation of liberty*, op. cit., p. 952.

¹⁸⁶⁵ MURPHY J.G., *Moral reasons and the limitation of liberty*, op. cit., p. 952.

¹⁸⁶⁶ MURPHY J.G., *Moral reasons and the limitation of liberty*, op. cit., pp. 952-953

¹⁸⁶⁷ MURPHY J.G., *Moral reasons and the limitation of liberty*, op. cit., p. 955.

sentimientos a la que apelan los moralistas «se produce no sólo cuando las actividades inmorales o sus preliminares comerciales se imponen a testigos presenciales no voluntarios, sino también cuando aquellos que condenan enérgicamente ciertas prácticas sexuales como inmorales se enteran de que otros se abandonan a ellas en privado»¹⁸⁶⁸. El daño que produce a nuestros sentimientos esta conducta se convertiría en el daño requerido para activar el principio de Stuart Mill aun cuando nadie pueda considerarse víctima del perjuicio. No haría falta ser testigo de la inmoralidad para verse ofendido por ella¹⁸⁶⁹. Pero pretender que cualquier persona, aun cuando no haya presenciado la inmoralidad, pueda verse afectado por ella «es claramente absurdo porque haría suponer que todos tienen el ‘derecho social’ en cuestión, cuando casi nadie reclama tal derecho y casi nadie puede afirmar plausiblemente que tiene el interés correspondiente»¹⁸⁷⁰. Desde luego, la libertad individual se vería muy restringida si no se permitiera a nadie hacer nada que cualquier otra persona considera ofensivo¹⁸⁷¹.

«¿Cómo puedo tener una autonomía personal si mis vecinos pueden reclamar el *derecho* a hacerme pensar, sentir y comportarme en privado sólo de la forma en que ellos lo aprueban?», se pregunta Feinberg. Desde luego que «argumentos morales de ese tipo se oponen a nuestra comprensión de la autonomía personal»¹⁸⁷². Reconocer a los moralistas su derecho a ser protegidos de la angustia que les provoca el simple conocimiento de que otros están actuando de una forma que ellos estiman incorrecta, no puede aceptarse por nadie que reconozca la libertad individual como un valor¹⁸⁷³.

Los caracteres de un modelo de sociedad liberal que hemos ido exponiendo (decisiones por mayorías sobre temas limitados, pluralismo, legitimidad de ejercicio, principio de igualdad y juicios racionales) quedarían, cuanto menos, seriamente

¹⁸⁶⁸ HART H.L.A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, op. cit., p. 134.

¹⁸⁶⁹ Recuérdese que el caso *Lawrence v. Texas* fue denunciado por “un vecino desde su residencia privada que alertó a la policía. La policía de Houston entró en el apartamento de Lawrence y lo vio a él y a otro hombre adulto, Garner, realizando un acto sexual privado y consentido. Lawrence y Garner fueron arrestados y condenados por relaciones sexuales desviadas en violación de la ley de Texas que prohíbe a dos personas del mismo sexo participar en cierta conducta sexual íntima”. *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 558 (2003). También podemos recordar que el último caso que impuso la pena capital en Inglaterra a dos homosexuales por mantener relaciones sexuales en su apartamento (a James Pratt y John Smith en 1835) fue destapado por el portero de la finca que espío a la pareja desde una terraza y por la cerradura de la habitación.

¹⁸⁷⁰ FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. IV: Harmless Wrongdoing, op. cit., p. 11.

¹⁸⁷¹ DWORKIN R., *Una cuestión de principios*, op. cit., p. 424.

¹⁸⁷² FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. IV: Harmless Wrongdoing, op. cit., pp. 67-68.

¹⁸⁷³ HART H.L.A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, op. cit., p. 135.

menoscabados cuando irrumpe en el sistema democrático el moralismo legal. El populismo moral, con las notas aquí bosquejadas siguiendo a Hart, acarrearía importantes consecuencias nocivas para la democracia, ya que resultaría problemático legitimar un sistema de gobierno que justificara la imposición de la moral positiva a través de su aparato coactivo sin reparar en las deficiencias que de ello se derivan. Stephen y Devlin apelaron al origen democrático del cuál proceden las normas morales para justificar la legitimidad de su imposición coercitiva. Descuidaron, sin embargo, que junto a esta legitimidad de origen, hay una serie de límites al ejercicio del poder que funciona como contrapeso al mero juego de mayorías. Los riesgos de la tiranía de la mayoría encontrarían su freno en los mecanismos propios del liberalismo para limitar el ejercicio abusivo del poder. Pues como bien recordaba Hart, «hay muchas cosas que incluso un gobierno democrático no puede hacer»¹⁸⁷⁴.

Son las cosas que Mill denominaba como *auto-referentes* (que solo afectan a uno mismo) y que Dworkin incluía en el *entorno ético* de una comunidad liberal y que, como tales, quedaban sustraídas al elenco de temas legislables, ni siquiera por la mayoría en el poder. El populismo moral, al tratar de imponer la moral mayoritaria, olvidaría que toda comunidad democrática presenta un elevado índice de pluralismo. De tal forma que, aunque pudiera haber algo así como una moral dominante, no estaría justificado que ésta se impusiera desde el Estado, menospreciando la libertad de aquellos que no la comparten y que se verían obligados a acatarla. Las sociedades contemporáneas no son tan homogéneas como los moralistas piensan y junto al grupo mayoritario siempre aparecerán minorías que reclaman su derecho a la diferencia, su derecho a mantener su propia ética privada sin estar discriminados por ello¹⁸⁷⁵.

¹⁸⁷⁴ HART H.L.A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, op. cit., p. 163.

¹⁸⁷⁵ Javier de Lucas lleva años reclamando que “en realidad, más que el ‘derecho de las minorías’ habría que reivindicar el ‘derecho a las diferencias’ en conjunción con el de igualdad”. DE LUCAS J., “Un test para la solidaridad y la tolerancia: el resto del racismo”, en *Sistema*, núm. 106, enero 1992, p. 20. Eusebio Fernández reconoce que tampoco le “ha gustado la expresión de derechos de las minorías, porque da la impresión de significar un tipo de derechos especiales para personas especiales, al margen de la idea de los derechos fundamentales como derechos de todos los seres humanos. Es decir, da la impresión de que las minorías piden un trato particular o especial cuando de lo que se trata básicamente es de la exigencia de un trato igual (...). Conviene perfectamente el derecho a ser minoría, que es el derecho a ser, a pensar, expresarse y obrar de manera diferente o particular, con el derecho a no ser tratado como minoría, es decir, con el derecho a ser iguales en derechos que la mayoría”. La expresión que mejor parece recoger esta idea es la de “derecho de las minorías a la diferencia”. FERNÁNDEZ GARCÍA E., *Filosofía Política y Derecho*, op. cit., pp. 76, 77 y 86.

La presencia en sociedades multiculturales de grupos minoritarios que no comparten la moral del grupo dominante que se pretende imponer coactivamente es un reto que debe gestionarse de tal forma que las minorías no sean las eternas perdedoras del juego. El propio principio democrático que ensalza el valor de la toma de decisiones por mayorías debe ser contrarrestado para que «se reduzcan al mínimo los casos de aplastamiento de las minorías»¹⁸⁷⁶. Negar el reconocimiento de sus diferencias origina un serio déficit a los sistemas democráticos y supone cerrar los ojos ante una realidad indiscutible. Giovanni Sartori afirma que el reconocimiento de los derechos de las minorías es la condición necesaria para la supervivencia de la propia democracia:

«Encontramos el principio de mayoría absoluta o bien de mayoría relativa. El primero quiere decir: los más tienen todos los derechos, mientras que los menos, la minoría, no tienen ningún derecho. En cambio, el principio de mayoría relativa se concreta así: los más tienen derecho a mandar, pero en el respeto de los derechos de la minoría. Por tanto, desde un punto de vista operativo, el demos es una mayoría, o bien absoluta o bien moderada, y la doctrina es prácticamente unánime al afirmar que la democracia tiene que inspirarse en el principio de mayoría limitada o moderada. Si no, vivirá un día y empezará a morir al día siguiente»¹⁸⁷⁷.

Los moralistas habrían olvidado que toda moralidad, incluso la de ellos, no debe considerarse inmune a la crítica y que cuando quiere imponerse por la fuerza pierde el componente valioso de su adhesión voluntaria. El ejercicio del poder está sometido a límites y abierto a las mejoras que desde una moral crítica o iluminada se le pudieran hacer. Ya nos recordaba Hart que no podemos confundir el principio democrático de que es mejor que gobierne la mayoría con aceptar sin fisuras que lo que haga la mayoría con ese poder esté exento de toda crítica¹⁸⁷⁸.

¹⁸⁷⁶ KELSSEN H., *Esencia y Valor de la Democracia*, trad. de Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz Lacambra, ed. y estud. preliminar. “La democracia en el pensamiento de Kelsen” de José Luis Monereo Pérez, Comares, Granada, 2002, p. 10.

¹⁸⁷⁷ SARTORI G., *La democracia en treinta lecciones*, trad. de Alejandro Pradera, ed. Lorenza Foschini, Taurus, Madrid, 2009, p. 17. En sus *Elementos de Teoría Política*, Sartori afirmó que “la democracia requiere -para funcionar y durar- un principio de mayoría ‘limitado’. La regla en las democracias liberales es que la mayoría gobierna (prevalece, decide) en el respeto a los derechos de la minoría (...). Respetar a las minorías y sus derechos es, por lo tanto, una parte integrante de los mecanismos democráticos”. SARTORI G., *Elementos de Teoría Política*, trad. de M^a Luz Morán, Alianza Editorial, Madrid, 1992, pp. 48-49.

¹⁸⁷⁸ HART H.L.A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, op. cit., p. 163.

PERFECCIONISMO

1. INTRODUCCIÓN.

En la primera parte de este trabajo me referí al “argumento de la neutralidad liberal” y cómo desde él se ha tratado de responder a la acusación de escepticismo y relativismo que sus críticos le habían lanzado. Y también intenté mostrar cómo “el argumento *moral* de la abstención”, aun siendo una fundamentación *moral*, sería compatible con la pretendida neutralidad o imparcialidad del Estado liberal (ver epígrafes 3.3, 3.4 y 3.5 de la Introducción). Ahora quiero retomar estas cuestiones para enlazarlas con la crítica que reciben desde el perfeccionismo y la respuesta que a ello han ofrecido los liberales.

El principio de autonomía (que hemos configurado y defendido en su versión kantiana en el apartado “Dignidad Humana” del capítulo segundo), proscribire interferir en la libre elección y materialización de ideales de excelencia humana y planes de vida que desarrollen los individuos, salvo que el ejercicio de esa libertad implique poner a otros individuos en situación de menor autonomía o que el propio individuo cuya autonomía se restringe consienta esa restricción. Este principio de autonomía personal así definido no casa bien con las tesis perfeccionistas:

«Encomendar al poder político la realización del bien de las vidas de los ciudadanos parece incompatible con el respeto a la autonomía de éstos en la determinación de lo que es para ellos una vida buena y en la prosecución de la misma»¹⁸⁷⁹.

El perfeccionismo postula, como misión legítima del Estado, una postura tendente a conseguir que los individuos acepten y encarnen ideales válidos de virtud personal. El Estado no podría mostrarse indiferente entre las distintas concepciones de lo bueno y debería adoptar las medidas que fueran necesarias para que los individuos ajusten su vida a los verdaderos ideales de virtud y del bien. Este Estado, convertido en artista que moldea la vida de sus ciudadanos, se convertiría en enemigo de la sociedad abierta: «No es posible creer que las vidas humanas puedan convertirse en el medio para satisfacer el deseo estético de un artista de expresarse a sí mismo. Debe exigirse más bien -señalaba Popper- que cada individuo disponga, si así lo desea, del derecho a moldear su propia vida, en la

¹⁸⁷⁹ COLOMER J.L., *Autonomía y gobierno. Sobre la posibilidad de un perfeccionismo liberal*, op. cit., p. 266.

medida en que no interfiera con los deseos de los demás»¹⁸⁸⁰. La oposición de las tesis perfeccionistas con el valor de la autonomía personal es irreconciliable según rezaban los famosos términos de Nino:

«Siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que facilitan la prosecución ideal de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente, e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución»¹⁸⁸¹.

Y es una concepción contraria al principio de autonomía porque el perfeccionismo porta en sí la vocación de aspirar a una moral de máximos en el espacio público y se entiende que:

«Ninguna moral máxima es aceptable si ella elimina la autonomía de la persona. La eliminación de la autonomía implicaría a la vez la eliminación de toda moral. El maximalismo moral conduce necesariamente al autoritarismo, ya que sólo mediante un sistema de control absoluto en la asignación de derechos y deberes, así como de distribución de bienes y cargas, sería posible satisfacer plenamente la totalidad de las necesidades humanas. Por el contrario, el minimalismo moral deja suficiente espacio a la autodeterminación de la persona. Lo moralmente exigible de otros, la familia, la comunidad, el Estado, es lo necesario para evitar la humillación que significa no poder vivir en condiciones acordes con la dignidad humana. Esto supone la satisfacción de condiciones materiales y culturales básicas, quedando en manos de la persona la posibilidad de mejorar aún más su situación, sea material, espiritual o intelectual»¹⁸⁸².

El perfeccionismo sostiene que lo que es bueno para un individuo o lo que satisface sus intereses es independiente de sus propios deseos y que el Estado puede, a través de distintos medios, dar preferencia a aquellos intereses y planes de vida que son objetivamente mejores. Las posiciones políticas perfeccionistas defienden una teoría moral según la cual existen pautas de la vida buena válidas para todo individuo, modelos que son independientes de los deseos o preferencias de éstos, y que consisten en el desarrollo de ciertas capacidades o potencialidades superiores del ser humano. Y, consecuentemente, los partidarios de este perfeccionismo exigen del Estado una actuación conducente a promover ese conjunto de bienes y formas de vida objetivamente

¹⁸⁸⁰ POPPER K., *La sociedad abierta y sus enemigos*, trad. de Eduardo Loedel, Paidós, Barcelona, 2010, p. 164.

¹⁸⁸¹ NINO C.S., *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, op. cit., p. 204.

¹⁸⁸² ARANGO R., *Derechos, constitucionalismo y democracia*, con presentación de Luís Villar Borda, núm. 33 de la Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pp. 131 y 132.

valiosas y desalentar, aun coercitivamente, las disvaliosas. Así, la comunidad política, critica Colomer, pasa a cumplir la misión de «procurar la vida buena de sus miembros, entendida como búsqueda de su perfección o realización de las cualidades distintivas de la naturaleza humana»¹⁸⁸³.

Los liberales (sin ánimo exhaustivo: como John Rawls, Robert Nozick, Bruce Ackerman, Thomas Nagel, Charles Larmore, Will Kymlicka, Jeremy Waldron o Brian Barry), a pesar de las diferencias y matices que separan a unos de otros, compartirían un punto de vista según el cual la actuación del Estado debe ser independiente de concepciones particulares acerca de qué formas de vida son buenas o valiosas para los ciudadanos.

1.1. Algunas distinciones entre perfeccionismo y paternalismo.

Perfeccionismo y paternalismo se encuentran tan estrechamente imbricados que, a veces, resulta bastante difícil dibujar y delimitar claramente los contornos de uno y otro.

El perfeccionismo debe ser cuidadosamente distinguido del paternalismo estatal, que no consiste en imponer ideales personales o planes de vida que los individuos no han elegido, sino en recomendar a los individuos conductas o cursos de acción que son aptos para que satisfagan sus preferencias subjetivas y los planes de vida que han adoptado libremente. Es decir, las políticas paternalistas justifican o reclaman la interferencia estatal en las elecciones individuales, no para realizar concepciones de la vida buena que se imponen a las del propio ciudadano sobre el que recaen, sino en nombre de los propios planes de vida de los agentes, o de sus intereses tal y como ellos mismos los conciben¹⁸⁸⁴.

Las políticas paternalistas buscan desalentar o imponer comportamientos para la satisfacción de las propias preferencias de los individuos, en condiciones adecuadas de conocimiento o deliberación y a partir de sus propios planes de vida, o para preservar las condiciones que las hacen posibles. En los términos de Ronald Dworkin, las políticas perfeccionistas justifican la interferencia del Estado no sólo contra la propia voluntad del individuo sino también contra su propia convicción; en cambio, las políticas paternalistas

¹⁸⁸³ COLOMER J.L., *Autonomía y gobierno. Sobre la posibilidad de un perfeccionismo liberal*, op. cit., p. 251.

¹⁸⁸⁴ NINO C.S., *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, op. cit., p. 414.

influyen sobre los individuos «para evitarles un daño que supone que ellos mismos ya desean evitar»¹⁸⁸⁵.

Algunas medidas e instituciones paternalistas parecen ampliamente justificadas: i.e., el contenido de la educación primaria, las leyes laborales de protección del trabajador, el uso del cinturón de seguridad en automóviles, etc. Si el paternalismo fuera inseparable del perfeccionismo, aceptar muchas de esas medidas socavaría la posibilidad de una concepción de filosofía política libre de presupuestos perfeccionistas:

«Permitaseme sugerir situaciones en las cuales parece plausible suponer que individuos absolutamente racionales acordarían que se les impusieran restricciones paternalistas. Parece razonable suponer que existen “bienes” como la salud que cualquier otra persona querría tener para proseguir su propio bien, cualquiera que sea el modo en que concibamos este bien. Este argumento es utilizado en relación con la educación obligatoria de los niños, pero en mi opinión puede ser extendido a otros bienes que tienen el mismo carácter. Uno podría acordar que la consecución de tales bienes fueran promovidos, aun cuando en ese momento no fuera reconocido como un bien por los afectados»¹⁸⁸⁶.

Quiero creer que ambas cosas no son inseparables ni necesariamente aparecen confundidas: es posible un Estado liberal que adopte medidas paternalistas de protección de sus ciudadanos y, a su vez, sea respetuoso con la autonomía de éstos, es decir, sin necesidad de adoptar un perfeccionismo moral en sus decisiones políticas. Se trataría de un paternalismo no perfeccionista, esto es, que no descansa en una concepción del bien que se imponga como correcta a los ciudadanos contra sus propias creencias, sino que estuviera dirigido a proteger a los individuos contra actos y omisiones de ellos mismos que pudieran afectar a sus propios intereses o a las condiciones que los hacen posibles:

«Estaríamos más dispuestos a consentir el paternalismo en aquellos casos en los cuales se protege e intensifica la capacidad de los individuos para razonar y realizar sus propias decisiones»¹⁸⁸⁷.

¹⁸⁸⁵ DWORKIN R., *Ética privada e igualitarismo político*, op. cit., p. 143.

¹⁸⁸⁶ DWORKIN G., “Paternalism”, en *Morality and the Law*, R. Wassterstrom (ed.), Belmont, Estados Unidos, 1971, pp. 107-126. El artículo se reeditó en SARTORIOUS R. (ed.), *Paternalism*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1987, pp. 19-34. Cito por la traducción al castellano de Jorge Malem, “El paternalismo”, en *Derecho y Moral. Ensayos analíticos*, J. Betegón y J.R. de Páramo (eds.), Ariel, Barcelona, 1990, p. 157. Para Gerald Dworkin, la dificultad inmediata sobre este punto de vista consiste en que “las personas siempre se enfrentan con bienes que compiten entre sí, y que puede haber razones para que un valor como la salud -o la propia vida- pueda ser superado por otros valores con los cuales compita. Un ejemplo es el problema de los Testigos de Jehová y las transfusiones de sangre. Para ellos puede ser más importante rechazar “sustancias impuras” que seguir viviendo. El difícil problema al que debemos enfrentarnos es si se puede dar sentido a la opinión de una persona que irracionalmente concede importancia a otros valores en competencia”, p. 157.

¹⁸⁸⁷ DWORKIN G., *El paternalismo*, op. cit., p. 161.

2. EL EMBATE DESDE LAS FILAS PERFECCIONISTAS.

Los autores perfeccionistas habrían puesto de relieve el error en el que han incurrido algunos filósofos liberales al sostener que cuando el Estado busca promover actividades y formas de vida valiosas de los ciudadanos está coaccionando a algunos de ellos desde la justificación de las creencias de otros sobre lo que es bueno e imponiendo así a aquellos las concepciones del bien sustentadas por éstos. Ese error habría cometido Ronald Dworkin cuando defendió un “derecho a la *independencia moral*” de cada individuo, entendido como un «derecho a no resultar desfavorecido en la distribución de bienes y oportunidades sociales, entre los cuales se cuentan las libertades que les garantiza el derecho penal, sólo porque sus funcionarios o conciudadanos piensan que sus opiniones sobre cuál es el modo correcto de vivir sus vidas son innobles o equivocadas»¹⁸⁸⁸. También Thomas Nagel entendió que aquellos «aspectos en que cada persona es inviolable presentan un límite directo e *independiente* a lo que cualquier otra persona puede hacerle»¹⁸⁸⁹.

Algunos filósofos han intentado defender un criterio objetivo acerca de la apreciación de intereses, así como una concepción de filosofía política perfeccionista asumiendo, explícita o implícitamente, que ella es compatible con un liberalismo aperturista y renovado que fuera viable para nuestras sociedades contemporáneas en las que hay que convivir con un inevitable pluralismo de concepciones de lo bueno. Me parece que quienes han ensayado con mayor grado de sofisticación estas propuestas han sido Charles Taylor, Vinit Haksar y Joseph Raz.

Charles Taylor contrasta las teorías negativas de la libertad (las tradicionales, en la estela de Mill), que autorizan a hacer lo que uno quiera sin obstáculos externos, con las teorías positivas (según la clásica distinción berliniana) que asumen que la libertad consiste en algún tipo de realización personal que no depende de los deseos del agente. Para Taylor el error liberal (también el de Berlin) habría sido ensalzar la libertad negativa como la auténtica libertad, y creernos ya libres solamente cuando no nos vemos limitados ante obstáculos externos. El liberalismo ha descuidado o menospreciado el papel que cumple la libertad positiva en el individuo pues hay, de hecho, deseos (que no son obstáculos externos sino internos) que también limitan nuestra libertad:

¹⁸⁸⁸ DWORKIN R., *Una cuestión de principios*, op. cit., p. 433.

¹⁸⁸⁹ NAGEL T., *Ensayos sobre la vida humana*, op. cit., p. 196.

«La ventaja de que la libertad negativa sólo sea la ausencia de obstáculos externos es su simplicidad. Nos permite decir que la libertad es poder hacer lo que uno quiera cuando lo que se quiere es desproblematizar el intrincado conjunto de problemas a los que se enfrenta el agente para identificar sus deseos. Por el contrario, un concepto completo de libertad requiere que nosotros discriminemos entre motivaciones. Si somos libres en el ejercicio de ciertas capacidades, entonces no somos libres o no tan libres cuando estas capacidades están de alguna manera no cumplidas o bloqueadas. Por ello los obstáculos pueden ser tanto internos como externos»¹⁸⁹⁰.

Taylor sostiene que las teorías negativas no dan cuenta del hecho de que muchas veces identificamos mal nuestros deseos, de que, en otras ocasiones, nuestros deseos están determinados por causas que no controlamos, o que a muchos de nuestros deseos los descalificamos como no auténticos. Esos son obstáculos que no son externos (tendríamos libertad negativa en el sentido de Mill o Berlin) pero rápidamente nos daríamos cuenta de que, a causa de otro tipo de obstáculos no externos sino internos, estamos también limitados. Nuestra libertad no es completa porque nuestros deseos internos también funcionan como obstáculos a nuestra libertad (y esto, diría Taylor, no tiene nada que ver con la ausencia de barreras externas):

«Por ejemplo, la urgencia o la fuerza de un deseo, o el predominio de un deseo sobre otro, es un asunto de lo más habitual en nuestra experiencia. Sabemos que los propósitos más importantes no son siempre los que deseamos su satisfacción con mayor fuerza, ni los que salen vencedores frente a otros en casos de conflictos de deseos.

(...) Examinamos nuestros deseos y propósitos a la luz de cualidades diferenciales, como mayor o inferior, noble o básico, integral o fragmentario, importante o trivial, bueno y malo. Esto significa que evaluamos algunos de nuestros deseos y objetivos como intrínsecamente más importantes que otros»¹⁸⁹¹.

Agrega Taylor que no toda restricción a nuestras acciones debe ser vista como una limitación a nuestra libertad, sino sólo aquellas restricciones que son significativas para el hombre, que son importantes para la vida humana, y que esto no está determinado por la intensidad de los deseos involucrados. De tal modo que podamos reconocer que «la noción de nuestra identidad, por la que reconocemos que algunas metas, deseos y lealtades son centrales para lo que somos, mientras que otras no lo son o son menores, sólo puede tener sentido en un contexto de deseos y sentimientos» que son significativos para el hombre. Ello quiere decir que no podemos entender la libertad como la pura

¹⁸⁹⁰ TAYLOR C., “What’s Wrong with Negative Liberty”, en *The Idea of Freedom. Essays in Honour of Isaiah Berlin*, Alan Ryan (ed.), Oxford University Press, Oxford, 1979, p. 179.

¹⁸⁹¹ TAYLOR C., *What’s Wrong with Negative Liberty*, op. cit., p. 184.

ausencia de obstáculos externos, porque la libertad del hombre puede estar también cercada por obstáculos internos (motivacionales). Y tampoco pueden «los obstáculos internos sólo limitarse a los que el sujeto identifica como tal, en cuanto que él sea su árbitro final; él también puede estar profundamente equivocado sobre sus propósitos»¹⁸⁹².

Vinit Haksar ha defendido el perfeccionismo en forma más explícita y desarrollada, sosteniendo no sólo que es compatible con una concepción liberal sino que es requerido por ella. Sus ideas, expuestas en *Equality, Liberty, and Perfectionism*, se basan en que sólo estimando el valor perfeccionista de la vida humana, en tanto seres capaces de proponerse y perseguir ideales de actuación, podremos fundamentar adecuadamente un principio liberal de igualdad de trato.

Haksar piensa que la expresión “perfeccionismo” ha aparecido tradicionalmente confundida englobando dos ideas que son en sí mismas distintas:

- (i) Algunos seres humanos son intrínsecamente inferiores a otros.
- (ii) Algunas formas de vida humana son intrínsecamente inferiores a otras¹⁸⁹³.

De tal modo que (i) es una versión fuerte del perfeccionismo, mientras que (ii) es una versión débil. Ahora bien, asumir (i) implica tener que aceptar (ii), pero no a la inversa: se puede creer consistentemente que existen unos planes de vida superiores a otros sin que ello implique creer que algunos seres humanos son superiores a otros.

Desde el punto de vista de la filosofía política, las consecuencias de aceptar (i) o (ii) resultan distintas: mientras que en (i) el Estado puede llegar hasta el extremo de sacrificar a los hombres inferiores en aras del beneficio de los superiores, en (ii) el Estado debe promover planes de vida superiores a otros sin violar el principio de igual respeto a los seres humanos. Asimismo, mientras que (i) justificaría una política de intolerancia hacia los planes de vida inferiores, en (ii) el principio de igual respeto exigiría una actitud de tolerancia con los planes de vida inferiores. De tal modo que la versión débil (ii) de este perfeccionismo es, para Haksar, perfectamente compatible con el liberalismo.

Este autor sostiene que sólo si asumimos que hay formas de vida superiores a otras podemos afirmar que hay algo que tienen en común todos los seres humanos y que justifica que sean acreedores de igual trato y respeto. Haksar intenta mostrar cómo fallan

¹⁸⁹² TAYLOR C., *What's Wrong with Negative Liberty*, op. cit., pp. 188 y 193.

¹⁸⁹³ HAKSAR V., *Equality, Liberty, and Perfectionism*, op. cit., p. 1.

las justificaciones que prescinden del hecho de que la vida humana es intrínsecamente valiosa por contar con la capacidad de proponerse y desarrollar en forma autónoma planes de vida. Haksar sostiene que Rawls fracasa en su intento de fundamentar una concepción liberal igualitarista prescindiendo de presupuestos perfeccionistas. La valoración rawlsiana de la autonomía como parte esencial del bienestar humano es un tipo de perfeccionismo más. Afirma Haksar que las dificultades que presenta la teoría de Rawls se deben a su rechazo de la concepción perfeccionista: Rawls no podría rechazar esta concepción y, a la vez, sustituirla como hace por el principio aristotélico de que los hombres buscan desarrollar sus capacidades y eligen las formas “superiores” de vida, una vez que experimentan las diversas alternativas. Si «Rawls apela al principio aristotélico según el cual los seres humanos prefieren formas de vida más complejas e intrincadas a formas de vida simples»¹⁸⁹⁴ esa experimentación misma, para Haksar, cambia al sujeto que la realiza. Por lo que

«Rawls no habría tenido éxito en su intento de derivar una configuración liberal bajo premisas igualitaristas sin recurrir a consideraciones perfeccionistas»¹⁸⁹⁵.

Según Haksar, la concepción perfeccionista lleva a valorar como mejores los planes de vida que expanden la autonomía de los individuos; esto implica que otros planes de vida tienen un status inferior en una sociedad liberal, aunque de aquí no se sigue que los individuos que los ejecutan sean inferiores o merezcan menos respeto. Pronto se desvincula Haksar de esta tesis: los liberales habrían recurrido al término «perfeccionismo con un sentido peyorativo para referirse a los ideales de oponentes como Nietzsche y Rashdall» para quienes «algunos seres humanos son intrínsecamente superiores a los demás»¹⁸⁹⁶. Este perfeccionismo asociado al primer tipo que Haksar define en (i) es para él inadmisibile. Lo que sí es «un hecho común de la vida humana es que las personas se equivocan al valorar sus vidas», y «no tenemos razón para pensar que no podrían hacerlo al valorar si una actividad que fueron obligados a realizar añadió valor a sus vidas»¹⁸⁹⁷. Pero de ello tampoco se sigue, según este autor, que se deba vedar o dificultar la ejecución de los planes de vida inferiores ya que se atentaría contra el principio de igual respeto. Pero el Estado puede abstenerse, dice Haksar, de facilitar planes de vida degradantes; debe, en cambio, propagar los mejores planes de vida entre

¹⁸⁹⁴ HAKSAR V., *Equality, Liberty, and Perfectionism*, op. cit., p. 6.

¹⁸⁹⁵ HAKSAR V., *Equality, Liberty, and Perfectionism*, op. cit., p. 161.

¹⁸⁹⁶ HAKSAR V., *Equality, Liberty, and Perfectionism*, op. cit., p. 2.

¹⁸⁹⁷ HAKSAR V., *Equality, Liberty, and Perfectionism*, op. cit., p. 149.

la juventud y entre los adultos que quieran ser paternalmente protegidos, y debe tomar en cuenta tales planes de vida mejores para implementar políticas públicas respecto del bienestar de futuras generaciones. Haksar propone un compromiso entre, por un lado, desalentar las formas inferiores de vida y, por otro lado, tolerar a quienes las siguen, permitiéndoles incluso la libre discusión de los méritos de esas formas de vida.

Esta visión es similar a la que ha defendido Joseph Raz. Su obra *The Morality of Freedom* se ha convertido en una defensa del perfeccionismo difícil de rebatir en la discusión liberal contemporánea acerca de la justificación y límites del ejercicio del poder político. Este autor sostiene que no es deseable ser neutral acerca de ideales de lo bueno ni sería aconsejable excluirllos completamente como razones para la acción política porque ello implica desconocer «las características personales que son virtuosas o moralmente loables para ser juzgadas intrínsecamente como deseables»¹⁸⁹⁸. Para Raz, excluir los ideales personales como razones válidas para la acción del gobierno es poco plausible ya que es imposible intentar mantener una concepción de lo bueno sin referencia o independientemente de los valores que subyacen a ella:

«Los valores últimos de un bien en sí mismo son los que explican y justifican la opinión de que ese bien es bueno en sí mismo. Y dichos valores últimos, por ser últimos, no necesitan explicarse o justificarse por referencia a (o por su contribución a) otros valores»¹⁸⁹⁹.

Para Raz, como para el resto de autores perfeccionistas, el perfeccionismo entraña una tesis de teoría política sobre el contenido de la vida buena de los ciudadanos; desde esa tesis, piensa que el Estado debe actuar según esas consideraciones, esto es, desde sus juicios sobre qué formas de vida son buenas para los ciudadanos; y, es más, el Estado debe usar su poder político para hacer que los ciudadanos adopten esas formas valiosas de vida o persigan concepciones válidas del bien.

Para este autor, el principio de autonomía es un principio perfeccionista. La vida autónoma es valiosa sólo si se ordena a la prosecución de proyectos y relaciones humanas aceptables y valiosas. El principio de autonomía permite, más aun, requiere gobiernos capaces de crear las oportunidades moralmente valiosas entre las que los ciudadanos puedan elegir y, paralelamente, eliminar las reprobables. Raz lo manifiesta sucinta y rotundamente cuando afirma que «el objetivo de toda acción política es posibilitar que

¹⁸⁹⁸ RAZ J., *The Morality of Freedom*, op. cit., p. 197.

¹⁸⁹⁹ RAZ J., *The Morality of Freedom*, op. cit., p. 200.

los individuos persigan concepciones válidas del bien y disuadirles de las malas o vacías»¹⁹⁰⁰.

El alcance de estas afirmaciones se comprende mejor si se entiende que Raz no critica al liberalismo en lo que se refiere a la moral social. Su crítica se dirige contra la misma moral personal, sobre la cual parece existir un amplio consenso entre los liberales en el sentido de que el Estado debe ser imparcial con respecto a la elección de planes de vida o ideales de excelencia personal. Raz rechaza la diferenciación tradicional entre los dos segmentos de la moral a la que ya hemos hecho referencia: entre moral personal (“autorreferente” para Nino y “aspiracional” según Fuller) y moral social (“interpersonal” para Nino y “del deber” para Fuller). Tal diferencia es inviable porque no se puede «dividir los principios de acción de alguien entre los fines que se refieren a los propios objetivos personales y los que conciernen a otros, de modo que sean mutuamente independientes», ya que ambos «proceden de un núcleo moral común»¹⁹⁰¹. Raz piensa que es imposible distinguir ambas morales, ya que los ideales personales pueden expandirse hacia aspectos de la organización social en la medida en que el bienestar de los individuos está atado a esas organizaciones sociales.

Lo que hay que remarcar de esta concepción de Raz es que en ella la autonomía no consiste únicamente en la capacidad racional para elegir un plan de vida posible sino sólo aquellos planes que son valorados como buenos; alguien que escoja planes de vida degradantes no es un individuo autónomo.

Tanto Taylor como Haksar y Raz¹⁹⁰² parten en sus trabajos de una determinada concepción del bien que predicán para todo individuo. Y el contenido moral de esa concepción coincide, en gran parte, con las posturas que se asumen desde sus adversarios liberales. Al fin y al cabo unos y otros no parecerían estar tan alejados. Así Rawls escribe que «una concepción del bien normalmente consiste en un esquema global de objetivos finales, esto es, de objetivos que queremos realizar por sí mismos, así como vínculos con otras personas y lealtades para con varios grupos y asociaciones»; y continúa: «también

¹⁹⁰⁰ RAZ J., *The Morality of Freedom*, op. cit., p. 133.

¹⁹⁰¹ RAZ J., *The Morality of Freedom*, op. cit., pp. 136-137 y 214.

¹⁹⁰² Antes que Haksar y Raz, ya Brian Barry proponía como alternativa al liberalismo de Rawls un liberalismo perfeccionista. Todo partidario del liberalismo “debe tomar en cuenta la proposición de que algunos planes de vida, algunos tipos de carácter, son más admirables que otros (...). Las sociedades deben organizarse de tal modo que favorezcan a las personas de un tipo admirable de carácter y de crear las mejores oportunidades para actuar de acuerdo con ello”. BARRY B., *The Liberal Theory of Justice*, Clarendon Press, Oxford, 1976, p. 126.

ligamos a esa concepción una noción de nuestra relación con el mundo -religiosa, filosófica y moral-, en referencia a la cual se entienden el valor y el significado de nuestros objetivos y de nuestros vínculos»¹⁹⁰³. Raz, por su parte, utiliza términos muy similares al referirse al «bien personal», al «arte de vivir», o a la evaluación por las personas de «opciones acerca de la clase de vida que es para ellas valioso vivir», que incluyen proyectos personales, actividades valiosas, relaciones y compromisos personales. Éstos determinan «cuán buena o lograda es esa vida para la persona que la vive»¹⁹⁰⁴.

3. LA RESPUESTA LIBERAL AL ATAQUE DEL PERFECCIONISMO.

Creo que esta acometida perpetrada contra el liberalismo desde filas perfeccionistas dista bastante de ser exitosa y deja sin aclarar una serie de puntos que son decisivos para evaluar el acierto de sus argumentos.

Sería importante hacer más explícito cuáles son los planes de vida “superiores” que deberían gozar del respaldo y fomento por parte del Estado. En los argumentos de los filósofos perfeccionistas no hay un criterio para discernir cuáles son esos planes de vida más “elevados” y, a su vez, por qué razón otros ideales deben ser desalentados. Si el perfeccionismo defiende que las autoridades políticas deben favorecer las condiciones sociales que permitan a los ciudadanos llevar vidas valiosas, parece claro que habrá que determinar de antemano cuáles son esas condiciones que mejor conducen a esas vidas distintivas. Por tanto, para que el Estado deba favorecer que las personas emprendan actividades meritorias, persigan fines dignos de ser realizados y, en general, vivan buenas vidas, debemos poder determinar, antes de todo, qué fines, actividades y formas de vida son realmente valiosos.

Tampoco está claro cuáles son los límites de la intervención estatal en favor de los planes de vida e intereses privilegiados. Cuando los pensadores liberales se oponen a los autores perfeccionistas, lo que critican es que la posición de éstos amplía y desborda las funciones del Estado, de modo que éste se convierte en árbitro y garante de formas de vida, ideales de excelencia humana e intereses personales. Los liberales no niegan que pueda haber proyectos de vida mejores que otros. Su discrepancia con el perfeccionismo es en torno a si esa evaluación acerca de los planes de vida debe tener relevancia jurídica.

¹⁹⁰³ RAWLS J., *El liberalismo político*, op. cit., pp. 49-50.

¹⁹⁰⁴ RAZ J., *The Morality of Freedom*, op. cit., pp. 119, 154, 289 y 306.

Si es admisible que el Estado aliente ciertas formas de vida, ¿puede comprobarse de alguna manera la superioridad de ciertos planes de vida para que el activismo estatal los fomente por encima de otros?

Recordemos que Dworkin mencionó dos acusaciones a las que tendría que responder la filosofía liberal: una era que el liberalismo era escéptico respecto de concepciones de lo bueno; la otra era que sería autocontradictorio porque el liberalismo incluye o asume una concepción de lo bueno cuando, precisamente, pretende ser neutral entre todas ellas. El liberalismo indudablemente descansa en una concepción de lo bueno, o de lo que es socialmente bueno, según la cual la autonomía de los individuos para elegir y materializar proyectos y estilos de vida es intrínsecamente valiosa; sobre esta cuestión los liberales no son de ningún modo escépticos. Pero de esto no se sigue que el Estado deba adoptar una preferencia por ciertos planes de vida sobre otros. Al contrario, si “preferencia” incluye alguna idea de interferencia en la elección de planes de vida, la preferencia por algún plan de vida es incompatible con la concepción de la autonomía como intrínsecamente valiosa. Por esta razón no es correcta la afirmación de Haksar de que Rawls introduce el perfeccionismo por la puerta de atrás: creo que Haksar se equivoca al endosarle a Rawls la etiqueta de perfeccionista por afirmar que una vida autónoma es una parte esencial del bienestar humano. Para Haksar esa idea no es más que otra especie de perfeccionismo. Creo que en Haksar hay una cierta confusión cuando supone que la autonomía es una propiedad de algunos planes de vida, en lugar de una capacidad para elegir entre la más amplia variedad posible de todos ellos. A su juicio:

«El elemento de verdad en el principio aristotélico no es suficiente para dar a la teoría de Rawls el apoyo que necesita. Por ejemplo, Rawls otorga mucha importancia al valor de la autonomía. Ahora el problema para él es justificar el alto valor que le da. No puede apelar a consideraciones perfeccionistas, por lo que necesita el apoyo del principio aristotélico». Y se pregunta Haksar: «¿Esto no es circular?»¹⁹⁰⁵.

Finalmente, Raz tiene razón en que el liberalismo debe ser compatible con una concepción objetiva del bienestar o de lo bueno, de acuerdo con la cual nuestras preferencias, aun las autorreferentes, dependen de creencias en ciertos valores. Tanto Haksar como Raz tienen razón al rechazar una concepción subjetivista del bien moral y es muy loable su intento de hacer compatible el liberalismo con una posición objetivista de acuerdo con la cual las creencias dependen de una deliberación racional sobre los

¹⁹⁰⁵ HAKSAR V., *Equality, Liberty, and Perfectionism*, op. cit., pp. 198 y 204.

valores. Quizás también podrían llevar razón cuando afirman que existen formas de vida objetivamente superiores a otras. Sin embargo, no podríamos darles la razón cuando intentan hacer de estas premisas la acción legítima del Estado.

Parece claro que las teorías perfeccionistas se apoyan inapelablemente en una postura ética objetivista: tienen una tesis sustantiva, con contenido moral, acerca de cómo vivir. Sus autores compartirán una creencia (más o menos consensuada) en torno a la superioridad moral de lo que es valioso en la vida, lo cual depende de algo diferente o que está más allá de las meras preferencias o apreciaciones de los individuos. Pero no es claro que los individuos yerren al elegir esas preferencias por no haber sabido evaluar, a la postre, los valores *verdaderos* que las soportan o sustentan.

Los perfeccionistas insistirían en que lo adecuado del deber del Estado de procurar que sus ciudadanos lleven vidas moralmente valiosas, es que esas vidas que fomentan son realmente buenas: lo que las hace buenas es que objetivamente lo son, y no que los propios sujetos que las viven crean que lo son. La concepción del valor manejada por los autores perfeccionistas se opone al punto de vista subjetivista para el que el valor de las acciones, actividades o formas de vida depende de nuestros deseos o preferencias: anhelamos ciertas cosas, adoptamos ciertos fines o elegimos ciertas metas porque pensamos que son valiosas, no porque sean valiosas per se o independientemente de cualquier juicio que nos merezcan, sino que las elegimos porque son el fruto de nuestras preferencias y gustos. Incluso en esa elección podrían entrar en juego factores objetivos, datos que dotan de valor una vida humana y que cualquier agente aceptaría como tales, pero no dejándolos que sean ellos exclusivamente los que operen y ejecuten nuestra decisión al margen o con exclusión de nuestras preferencias subjetivas. Recordemos que el propio Dworkin también reconoció que «no podemos dar sentido a la experiencia ética a menos que supongamos que es objetiva: una vida particular no puede ser buena para mí sólo porque yo piense que lo es, y yo puedo equivocarme al pensar que una vida particular es buena»¹⁹⁰⁶.

Joseph Raz hace de este aspecto de nuestra acción un componente decisivo de su teoría de la vida buena: no seguimos ciertos fines simplemente por el hecho de que «los tengamos», por el contrario «nuestros fines se nos presentan como objetos de nuestro juicio» y, así, «sostenidos en razones» acerca de las características deseables o valiosas

¹⁹⁰⁶ DWORKIN R., *Ética privada e igualitarismo político*, op. cit., p. 141.

que poseen. La prosecución o realización de nuestros objetivos y proyectos es buena para nosotros (contribuye al bien de nuestras vidas) si dichas razones son válidas o apuntan a lo que es verdaderamente valioso¹⁹⁰⁷. El bien de la vida de las personas depende, entonces, en una medida sustancial, del valor de los objetivos y proyectos cuyo éxito buscamos bajo la condición de ese carácter valioso. Lo que importa a nuestro bien, lo que entonces nos importa a nosotros acerca de nuestras vidas, no es nuestra creencia o convicción de que sus contenidos sean valiosos, sino que realmente lo sean¹⁹⁰⁸.

Raz asume en este punto una postura claramente cercana a las filas del comunitarismo, al sustentar una concepción del bien necesariamente vinculada a las culturas comunitarias particulares de las que las personas forman parte. Así para Raz, el bien de alguien «depende en gran medida del éxito en objetivos y actividades socialmente definidas». Sin sostener una posición que haga depender lo valioso de los socialmente aprobado, Raz establece una conexión necesaria entre los fines que podemos proponernos, y así lo que puede ser valioso para nosotros, y las *formas sociales*¹⁹⁰⁹ que configuran el marco en el que actuamos y que da sentido a esos fines. Una vez establecida esta dependencia, cabe sostener que algo puede llegar a ser bueno o valioso para alguien (esto es, convertirse en un fin para él) «sólo si está fundado en formas sociales»¹⁹¹⁰.

Posiblemente el error fundamental de Taylor, Haksar y Raz, o de cualquier otro perfeccionista, sea concebir el valor de la autonomía individual como una cualidad sólo de algunos planes de vida, de los que son valiosos o admirables. Si la autonomía es predicable del ser humano como tal, entonces es significativa con independencia del plan de vida que elija. La autonomía es un valor objetivo que forma parte de toda concepción del bien. Contra Raz habría que alegar que la idea central del liberalismo es, pues, que el valor objetivo de la autonomía hace que las preferencias subjetivas de los individuos, que no contradigan ese valor, deben ser respetadas aun cuando sean incorrectas (ver epígrafe “El enfoque objetivo versus enfoque subjetivo acerca de las concepciones de lo bueno” en el capítulo primero sobre “Las concepciones del bien y vida buena”). No sólo es

¹⁹⁰⁷ El fracaso al alcanzar una meta no sería, según Raz, malo para el individuo que abandona su intento si dicho objetivo estaba basado en concepciones erróneas sobre su valor; en este caso, la incapacidad para alcanzar ese fin es lo mejor que le podría haber pasado a ese individuo: “una bendición disfrazada”, RAZ J., *The Morality of Freedom*, op. cit., p. 301.

¹⁹⁰⁸ RAZ J., *The Morality of Freedom*, op. cit., pp. 300-303.

¹⁹⁰⁹ Por “formas sociales” entiende Raz “la percepción pública de formas sociales comunes de acción, cada una de las cuales posee la riqueza y complejidad interna que la convierte en un posible fin personal comprehensivo”, RAZ J., *The Morality of Freedom*, op. cit., pp. 309-310.

¹⁹¹⁰ RAZ J., *The Morality of Freedom*, op. cit., pp. 309-310.

respetable la autonomía, como quiere hacernos ver Raz, cuando conduce a elegir lo correcto. Sobre este punto sigue siendo recomendable volver a Kant:

«Es una contradicción que me proponga como fin la *perfección* de otro y que me considere obligado a fomentarla. Porque la *perfección* de otro hombre como persona consiste precisamente en que él *mismo* sea capaz de proponerse su fin según su propio concepto del deber, y es contradictorio exigir (proponerme como deber) que yo deba hacer algo que no puede hacer ningún otro más que él mismo»¹⁹¹¹.

No es verdad que bajo una concepción objetiva de lo bueno uno no desearía que se le ayude a satisfacer una preferencia si el ideal en el que está basado fuera falso. Precisamente porque el valor de la autonomía personal es una parte de una concepción plausible del bien personal, ello implica que sea valioso satisfacer las preferencias del individuo aun cuando ellas estuvieran basadas en ideales inválidos. Todo agente preferirá, obviamente, que sus preferencias estén basadas en ideales correctos, pero preferirá todavía con más fuerza tener capacidad individual para satisfacer cualquier preferencia que llegue a tener, aunque ellas estuvieran lamentablemente basadas en creencias erróneas, pero que son íntima y entrañablemente las suyas.

4. LIBERALISMO Y AUTONOMÍA: IMPARCIALIDAD, NEUTRALIDAD Y LA VIABILIDAD DE UN PERFECCIONISMO DE LA AUTONOMÍA.

En el ámbito de la política, en el que todos competimos por ganarnos el apoyo del poder coercitivo del Estado para que favorezca las decisiones que preferimos, no sólo existen intereses y compromisos políticos, sino que también compiten e influyen nuestras distintas concepciones morales, lo que nos conduce irremediabilmente al conflicto, al desacuerdo. Todos los agentes diferimos sobre lo que es bueno y malo en la vida y sobre qué tipo de consideración o respeto nos debemos unos a otros. Estos desacuerdos políticos revelan, en última instancia, no sólo conflictos de intereses partidistas sino también conflictos, quizás irresolubles, sobre los valores que las instituciones públicas deben garantizar para todos.

¹⁹¹¹ KANT I., *La Metafísica de las Costumbres*, Segunda Parte: Principios metafísicos de la doctrina de la virtud, op. cit., p. 237 (ed. de la Academia: Ak. vi, 386).

¿Existe, entonces, algún tipo de acuerdo que nos permita resolver estas diferencias aparentemente insalvables? Creo que la suerte que ha corrido el liberalismo ha dependido, en gran parte, de su propuesta de una imparcialidad de orden superior desde la que abordar esta situación conflictual.

Quizás haya sido Thomas Nagel el filósofo que más rigurosamente haya trabajado el tema de la neutralidad del Estado liberal y la necesidad de tomar decisiones en contextos en los que impera la «disparidad entre la fragmentación del valor y la unicidad de la decisión». Es decir, nos encontramos en el ámbito de los «conflictos prácticos» que tienen componentes morales, «conflictos entre valores que son incomparables». Son casos de conflictos en los que se nos pide una decisión, una conducta en torno a «dilemas genuinos, en los que encontramos un apoyo decisivo en favor de dos o más acciones o de falta de acción incompatibles»¹⁹¹². En dichos casos, si queremos tomarnos en serio el conflicto y queremos superar dicho dilema debemos tratar de pensar en un método para racionalizar la decisión en condiciones de conflicto, es decir, «lo que parece que necesitamos es una escala única con que puedan medirse, añadirse y equilibrarse todas estas consideraciones aparentemente dispares»¹⁹¹³. Pero Nagel se apresura en desconfiar de esta estrategia: no se puede aunar en un mismo método, en una misma decisión armónica, lo que procede de fuentes contrapuestas. Su razón para dudar es la siguiente:

«No creo que la fuente del valor sea unitaria, y que muestre una multiplicidad aparente sólo en su aplicación al mundo. Creo que el valor tiene fundamentalmente diferentes clases de fuentes, y que ellas se reflejan en la clasificación de los valores en tipos. No todos los valores representan la búsqueda de un único bien en una variedad de situaciones»¹⁹¹⁴.

Quien desconoce este conflicto y «aspira a la condición de una teoría general y completa del bien y el mal» nunca hallará tal teoría, «pues el papel que desempeña el juicio en la resolución de conflictos y la aplicación de demandas y consideraciones distintas en la vida real es indispensable»¹⁹¹⁵.

La exigencia de imparcialidad de Nagel implicaría, en cambio, «tratar o tener en cuenta a todos del mismo modo respecto de algo, reconociéndoles los mismos derechos

¹⁹¹² NAGEL T., *Ensayos sobre la vida humana*, op. cit., pp. 216 y 217.

¹⁹¹³ NAGEL T., *Ensayos sobre la vida humana*, op. cit., p. 221.

¹⁹¹⁴ NAGEL T., *Ensayos sobre la vida humana*, op. cit., p. 222.

¹⁹¹⁵ NAGEL T., *Ensayos sobre la vida humana*, op. cit., p. 230.

o atendiendo en la misma medida a su bien, o su bienestar, o algún aspecto del mismo, al determinar lo que sería un resultado deseable o una pauta de acción permisible»¹⁹¹⁶.

Es una estrategia que no implica desatender nuestros afectos personales, o nuestros puntos de vista personales. Más bien intenta combinar ambos por la razón de que «los seres humanos están sujetos a demandas morales de muy distintas clases. Ello se debe a que son criaturas complejas que pueden apreciar el mundo desde muchas perspectivas, individual, de relación, impersonal, ideal, etc., y cada perspectiva presenta un conjunto diferente de demandas»¹⁹¹⁷. Los conflictos entre las demandas personales y las impersonales son omnipresentes y no pueden resolverse supeditando un punto de vista al otro:

«Tampoco podemos abandonar simplemente uno de ellos. No hay razones por las que debiéramos hacerlo. La capacidad de apreciar el mundo simultáneamente desde el punto de vista de nuestras relaciones con los otros, desde el punto de vista de nuestras vidas a lo largo del tiempo, desde el punto de vista de todos a la vez y, finalmente, desde el punto de vista neutral que se describe a menudo como la concepción *sub specie aeternitatis*, es una de las características de la humanidad»¹⁹¹⁸.

Los críticos del liberalismo pronto vieron en esta estrategia un disfraz por el que los liberales no cejaban, una vez más, pero ahora con un barniz de imparcialidad, en su intento de imponer su propia concepción de teoría política. Los propios críticos del liberalismo dudan que estas profesiones de imparcialidad sean de buena fe. Parte del problema consiste en que los liberales plantean una restricción que impide invocar el uso del poder político en favor de concepciones morales particulares y controvertidas; pero el resultado de esa limitación parece favorecer a menudo, precisamente, a las posiciones morales que los liberales usualmente sostienen. Al final el discurso de la imparcialidad liberal ha favorecido, por arte de magia, a los propios liberales. Así ironiza esta crítica Nagel:

«Los liberales tienden a dar gran valor a la libertad individual; las limitaciones a la interferencia estatal fundadas en una imparcialidad entre valores, de orden superior, propenden a promover la libertad individual de que los liberales son partidarios. Esto lleva a la sospecha de que el acceso a un nivel superior de imparcialidad es una farsa y de que todos los alegatos de tolerancia y

¹⁹¹⁶ NAGEL T., *Conflicto Moral y Legitimidad Política*, op. cit., p. 87.

¹⁹¹⁷ NAGEL T., *Ensayos sobre la vida humana*, op. cit., p. 225.

¹⁹¹⁸ NAGEL T., *Ensayos sobre la vida humana*, op. cit., p. 226.

restricción disfrazan una campaña para situar al Estado tras una moral secular, individualista y libertina»¹⁹¹⁹.

Contra el parecer perfeccionista cabría alegar que el liberalismo no es sólo una doctrina de la tolerancia. Por supuesto que todos los liberales tienen intereses y valores, más o menos confesados, y buscan protegerlos por medio de la acción del Estado. Y aquí la cuestión de qué clase de imparcialidad es la adecuada resurge con fuerza. Tanto en la prohibición de lo que es inmoral como en la promoción de lo que es bueno, el punto de vista desde el que se supone que debe justificarse la acción del Estado es complejo. Ya que, al decidir qué distribuir y qué promover, tenemos que acudir a alguna concepción de lo bueno para las personas, y la elección de esa concepción ya plantea problemas a la propia idea de neutralidad: una vez elegida una concepción sustantiva desde la que operar, aunque sea la de la autonomía defendida por los liberales, la imparcialidad desaparece.

Para responder a esta paradoja debemos poder afirmar que el propio liberalismo también tiene su concepción moral subyacente y deberemos examinar si posee la autoridad necesaria para prevalecer sobre las concepciones morales, más particulares, que nos dividen. La discusión que nos ocupa se refiere, así, a la relación y acople entre los principios que el Estado debe observar en el uso del poder político y los valores o convicciones morales que nos parecen más pertinentes por los que los ciudadanos conduzcan sus vidas. Si la filosofía política dominante en el ámbito liberal busca, en la línea de Mill y Rawls, separar, en mayor o menor medida, la moral política de la moral personal, trazando límites a la recepción que aquélla puede dar a las concepciones sobre la vida buena que los ciudadanos sostenemos en nuestra moral personal, sus críticos perfeccionistas impugnan precisamente esa distancia entre los aspectos público y privado de la moral para defender (como principio de la moral política) que un buen gobierno debe preocuparse por proveer a sus ciudadanos de las condiciones de vida mejores. Raz reconoce sobre su propio *The Morality of Freedom* que «las conclusiones positivas que se defienden en este libro sobre la moral de la libertad política se fundamentan en consideraciones de la moral individual en mayor medida de lo que sucede comúnmente en muchas obras contemporáneas de filosofía política»¹⁹²⁰. Rawls sostuvo que si el liberalismo tuviera que depender de la aceptación de ideales morales se convertiría en

¹⁹¹⁹ NAGEL T., *Conflicto Moral y Legitimidad Política*, op. cit., p. 88.

¹⁹²⁰ RAZ J., *The Morality of Freedom*, op. cit., p. 4. Sobre el mismo punto ver MULHALL S. y SWIFT A., *El individuo frente a la comunidad*, op. cit., pp. 404 y 405.

«otra doctrina sectaria más»¹⁹²¹. La cuestión es si su pretensión de no querer convertirse en “otra doctrina sectaria más” tiene alguna viabilidad o irremediablemente está abocado a ello.

4.1. La estrategia de la imparcialidad liberal.

La imparcialidad va más allá de la pura neutralidad a la que la han reducido los críticos del liberalismo. Pero tampoco se puede afirmar que desde el propio liberalismo haya habido suficiente claridad en la formulación de esa imparcialidad que ha caracterizado sus postulados éticos, sino que más bien es achacable una «cierta oscuridad en la fundamentación del tipo de imparcialidad que el liberalismo profesa»¹⁹²².

Para hacer ver que el liberalismo no es una “doctrina sectaria más”, debe mostrarse que su propia idea de imparcialidad no es una concepción particular del bien que deba revalidarse a su vez imparcialmente. Por supuesto que cualquier interpretación de la imparcialidad será moralmente controvertida -sobre todo, por aquellos perfeccionistas que no estén de acuerdo con que la imparcialidad liberal sea el mejor punto de vista posible desde el que resolver nuestros desacuerdos-, pero esa controversia se situará en un nivel distinto.

En las versiones del liberalismo formuladas por Rawls, Ronald Dworkin y Bruce Ackerman, la exclusión del recurso a concepciones particulares del bien es una de las maneras de exigir a las instituciones políticas que traten igual o imparcialmente a las personas. Creo que el liberalismo necesita “creer en algo”, necesita que alguna perspectiva, del tipo de “consenso por superposición” de Rawls, sea correcta, es decir, que la exclusión de concepciones personales del bien de la esfera pública no descansa en una premisa escéptica sobre las creencias individuales: cómo no podemos defender ninguna de ellas razonablemente, mejor no admitir ninguna en la sociedad liberal. Tiene que depender, más bien, de una distinción entre lo que justifica la creencia individual y lo que justifica apelar a esa creencia para legitimar la acción del Estado. Son dos cosas distintas: la creencia por muy verdadera que sea quizás no constituya razón sólida

¹⁹²¹ RAWLS J., “Justice as Fairness: Political not Metaphysical”, en *Philosophy and Public Affairs*, vol. 14, núm. 3, Summer 1985, p. 246.

¹⁹²² NAGEL T., *Moral Conflict and Political Legitimacy*, op. cit., p. 87.

suficiente para sustentar la acción del gobierno. Creo que desde el punto de vista imparcial algo se puede avanzar.

La estrategia de los liberales ha sido intentar compatibilizar un punto de vista *impersonal* (universal) con un punto de vista que es, en sí, el *personal* de cada individuo. Según Nagel, es imposible mantener una creencia sin que ello implique creer a su vez que sea verdadera; pero a pesar de ello, visto desde fuera hay una gran diferencia entre la creencia en algo y el hecho de que ese algo sea verdadero. Esta perspectiva impersonal nos traslada más allá de nosotros mismos, a un punto de vista independiente de quienes somos. El primer paso es reconocer que lo que queremos no debe depender solamente de nuestros propios deseos e intereses; sino que, situándonos desde fuera, los intereses de otros importan tanto como los nuestros, y deberíamos querer reconciliar éstos con los nuestros tanto como sea posible:

«Cuando contemplamos desde fuera algunas de nuestras convicciones, por muy justificadas que puedan ser desde un punto de vista interno, el recurso a su verdad tiene que ser visto, sin más, como un recurso a nuestras creencias, y tratado como tal, salvo que pueda demostrarse que éstas se pueden justificar desde un punto de vista impersonal. De no ser así, tales creencias deben seguir siendo consideradas, a los efectos de cierto tipo de argumentación moral, como elementos de una perspectiva personal; respetables, por tanto, como tales, pero no más que eso. Ello no quiere decir que tengamos que dejar de mantener esas creencias, esto es, de creer que son *verdaderas*. Consideradas como creencias individuales, pueden estar suficientemente fundadas, o al menos no ser irrazonables (...). Significa sólo que, desde la perspectiva de la argumentación política, podemos tener que contemplar algunas de nuestras convicciones, morales o religiosas, incluso históricas o científicas, simplemente como las convicciones de alguien, y no como verdades, a menos que puedan apoyarse en el tipo de justificación impersonal propia de esa perspectiva»¹⁹²³.

Así se produce una divergencia entre los terrenos público y privado: «en determinados contextos me veo obligado a considerar mis propias creencias simplemente como tales, y no como verdades, por muy convencido que pueda estar de que son verdaderas, y de saber que lo son»¹⁹²⁴.

¹⁹²³ NAGEL T., *Conflicto Moral y Legitimidad Política*, op. cit., p. 98. Posteriormente, en 1991, Nagel matizará su excesiva confianza en la tolerancia liberal como imparcialidad, que haría desprendernos de nuestro propio punto de vista personal para forzar a abrazarnos a otro punto de vista que no es el nuestro: «¿No seré *demasiado* imparcial al dar excesiva autoridad a quienes sostienen valores que entran en conflicto con los míos -traicionando de hecho mis propios valores-? (...). Tenemos que partir de los valores que nosotros mismos aceptamos al decidir cómo el poder del Estado se podría utilizar legítimamente», NAGEL T., *Igualdad y parcialidad. Bases éticas de la teoría política*, op. cit., p. 161.

¹⁹²⁴ NAGEL T., *Conflicto Moral y Legitimidad Política*, op. cit., p. 98.

La verdadera dificultad es dar sentido a la idea de que algo puede ser verdadero o falso y, en cambio, el recurso a su *verdad* no podamos acudir a encontrarlo en nuestras propias creencias; sino que necesito situarme en un escalón superior (impersonal) desde el que enjuiciar su verdad (que no tiene por qué ser la mía).

Frente a esto responden los perfeccionistas que su posición no es la de que deben imponerse concepciones del bien del gobierno, o de la mayoría, porque aquél o ésta tengan derecho a ver realizadas sus convicciones, sino que deben imponerse las concepciones del bien realmente correctas por el hecho de que lo son, y harán las vidas de los ciudadanos realmente valiosas. La justificación para la intervención del Estado no es la creencia sobre el valor de ciertos ideales o formas de vida, sino el carácter realmente valioso de éstos. Es a lo que más arriba nos hemos referido como la concepción objetivista de lo bueno que sostienen los teóricos perfeccionistas.

Para los perfeccionistas lo que justifica la intervención del Estado en la vida de sus ciudadanos no es que el gobierno o una mayoría consideren que algo sea bueno o malo para que lleven vidas valiosas, sino el componente realmente valioso que tiene esos valores que fomentan. Por eso Raz se ocupa rápidamente de establecer que, si en el ámbito de nuestras deliberaciones personales mis creencias sí pueden funcionar como una razón para que yo trate a otro de algún modo, en el ámbito de la autoridad política, en cambio, no se debe actuar sobre lo que una mayoría crea que es disvalioso, sino sólo en base a su disvalor real. La posición de los perfeccionistas distingue, por tanto, entre lo que es bueno para las personas y lo que algunos, o muchos, piensan que es bueno para las personas. Y sólo lo primero constituye una buena razón para la acción del Estado¹⁹²⁵.

El argumento liberal reconoce que las concepciones del bien sobre las que discutimos moralmente no poseen el grado de certeza suficiente que sería deseable para poder ser impuestas a otros. Y además, al valorar la autonomía personal de forma tan relevante se exige que sea el individuo el que se sirva de su propio juicio reflexivo sobre el valor de las opciones (actividades, formas de vida) para decidir entre ellas. Pero ensalzar de este modo la autonomía individual, aclara José Luís Colomer, nos hace pensar que

¹⁹²⁵ RAZ J., *The Morality of Freedom*, op. cit., p. 158.

«Los filósofos liberales que justifican su posición antiperfeccionista en el valor de la autonomía están realmente sosteniendo una teoría de la legitimidad de la acción del Estado basada en una concepción de lo que es bueno o valioso para las personas, es decir, en una “concepción del bien”. También desde esa posición se estaría propugnando que el Estado actúe desde una concepción particular de lo que es bueno para los individuos, que se enfrenta a otras concepciones del bien alternativas. Por ello cabría decir que el liberalismo de la autonomía está bien lejos de la “neutralidad” o “imparcialidad” moral que pretende, y que cabe emplazarlo, más bien, en una posición muy próxima al perfeccionismo liberal»¹⁹²⁶.

También Rodolfo Vázquez ha alertado de este desplazamiento de los términos, pues los liberales habrían criticado a los perfeccionistas por colocar en la acción del gobierno la promoción de valores objetivamente valiosos, proponiendo ahora ellos el imperio de otro valor, el de la autonomía. Este liberalismo de la autonomía se acercaría peligrosamente al perfeccionismo:

«Existe un conjunto de valores objetivos que anteceden a las preferencias individuales y, entre éstos, el de la autonomía personal, que se encuentra a la base de cualquier plan de vida posible siendo obligación del Estado poner las condiciones necesarias para su desarrollo»¹⁹²⁷.

Otro debate será el que intenta conciliar el valor intrínseco que tiene toda elección autónoma, en cuanto producto del ejercicio de la libertad de seres moralmente responsables, con la calidad de las opciones elegidas. Las tesis perfeccionistas afirman el primer valor y cuestionan el segundo, pues del respeto que merece toda elección hecha por un ser humano no se sigue la bondad o acierto de lo elegido.

Podríamos encontrar casos de tipos de vida en los que la elección autónoma de opciones ha conducido, por razones debidas al carácter de una persona o a su mala fortuna, a vidas degradantes, ignominiosas o fracasadas. Según este parecer, al enjuiciar estas vidas, la autonomía habría sido valiosa sólo en la medida en que hubiera contribuido a alcanzar una vida globalmente buena. Pero en estas vidas poco florecidas, un mayor grado de autonomía no contribuyó a una vida en conjunto mejor. Joseph Raz es contundente al respecto cuando mantiene que «el valor de la autonomía requiere que exista elección entre buenas opciones» y no sólo entre buenas y malas opciones. Ante la pregunta por el valor de la elección autónoma de una mala opción, Raz insiste en que

¹⁹²⁶ COLOMER J.L., *Autonomía y gobierno. Sobre la posibilidad de un perfeccionismo liberal*, op. cit., p. 261.

¹⁹²⁷ VÁZQUEZ R., *Educación Liberal. Un enfoque igualitario y democrático*, op. cit., p. 86.

lejos de ser valiosa, la mala acción «arroja una sombra más oscura sobre su autor si ha actuado autónomamente», de lo que deduce que «la autonomía sólo es valiosa si se actúa buscando el bien». Valoramos las elecciones autónomas «sólo si son elecciones de lo que es valioso y digno de ser elegido», lo que significa que la autonomía valiosa para una vida requiere que sólo tengamos «disponibilidad de opciones moralmente aceptables», no siendo valiosa la autonomía para elegir entre «opciones moralmente repugnantes»¹⁹²⁸.

La interpretación expuesta del valor de la autonomía personal conduce hacia un principio político perfeccionista que obliga al Estado a juzgar sobre la calidad moral de las formas de vida y discriminar entre éstas, promoviendo las que estima buenas y disuadiendo de las que considera innobles o disvaliosas: «el principio de autonomía permite e incluso exige a los gobiernos la creación de oportunidades moralmente valiosas y la eliminación de las moralmente repugnantes»¹⁹²⁹. Pero como señala Colomer, «esa restricción no da cuenta del conjunto de los componentes o aspectos de la autonomía personal, que no sólo añade valor a las acciones o compromisos que proceden de ella, sino que tiene un valor en sí misma, tanto en lo que contiene de actividad de juicio reflexivo y de evaluación de formas y planes de vida como en lo que supone al contribuir a hacernos, en cierta medida, autores de nuestra propia vida, cuyo significado será, por tanto, el que nosotros le hayamos conferido»¹⁹³⁰.

Comprobamos entonces cómo la noción de autonomía personal manejada por los autores perfeccionistas estriba en una idea de autodeterminación o autodirección, que alude principalmente a la posibilidad de que cada individuo pueda ser «autor de su propia vida», esto es, «de controlar en alguna medida su propio destino, perfilándolo por medio de sucesivas decisiones a lo largo de su vida»¹⁹³¹.

Pero si sustraemos al individuo de la posibilidad de que su juicio sobre una vida verdaderamente valiosa sea correcto, le despojamos del anclaje necesario sobre el que afirmar sus creencias. Ronald Dworkin se ha referido, en este sentido, a la concepción de

¹⁹²⁸ RAZ J., *The Morality of Freedom*, op. cit., pp. 379-381, 411-412 y 417.

¹⁹²⁹ RAZ J., *The Morality of Freedom*, op. cit., pp. 411 y 417.

¹⁹³⁰ COLOMER J.L., *Libertad individual y límites del Derecho*, op. cit., p. 197.

¹⁹³¹ RAZ J., *The Morality of Freedom*, op. cit., p. 369. El propio Raz, en p. 370 nota 2, se esfuerza en precisar que la noción de autonomía personal que él maneja como “libertad de las personas para elegir sus propias vidas”, es distinta a otras nociones como las de la libertad de la voluntad en sentido metafísico o la autonomía moral en el sentido kantiano.

la vida buena que da a la propia valoración del sujeto un carácter *constitutivo*¹⁹³², según el cual «ningún componente puede contribuir al valor de la vida de una persona a menos que sea percibido como tal»¹⁹³³. Frente a la concepción *aditiva* (para la que la valoración por el propio sujeto añade valor a la vida, sin ser sin embargo condición de éste), la concepción constitutiva sostiene que una vida no es mejor por la existencia de componentes valiosos cuando éstos no son juzgados como tales, o son desdeñados como disvaliosos, por el sujeto de esa vida. Otorgar este carácter constitutivo al punto de vista o juicio del propio agente sería necesario si queremos explicar por qué una vida es distintivamente valiosa para el sujeto que la vive, o que difícilmente alguien puede llevar una vida mejor contra sus más profundas convicciones que de acuerdo con ellas¹⁹³⁴.

Pero recordemos que, para las tesis perfeccionistas, las elecciones autónomas añaden valor a una vida sólo en caso de que se resuelvan en favor de opciones valiosas. Los perfeccionistas vinculan estrictamente el valor de la elección autónoma al valor moral de la opción elegida. La autonomía personal moralmente valiosa requerirá no sólo la pluralidad de opciones moralmente valiosas entre las que elegir, sino también que la opción elegida tenga esa cualidad. Para Raz,

«La autonomía sólo contribuye al bien de alguien si le conduce a seguir actividades y proyectos valiosos»¹⁹³⁵.

¹⁹³² Diez años antes, en 1983, Dworkin, en un trabajo titulado *In Defense of Equality*, no hablaba aun de esta concepción *constitutiva*. Por el contrario, asumía una *condición de la adhesión*: que suponía que el hecho de que el Estado sustituya al propio individuo al buscar su interés superior en una vida buena provoca divergencias peligrosas. Pues sucede que cuando el sujeto de la acción es el propio agente de esa vida, “él puede perseguir ese interés desde sus propias creencias acerca de qué clase de vida es buena”; pero si otra persona lo suplanta en esa búsqueda (sea un Gobierno o las autoridades políticas) el interés del agente y de estas otras personas no coinciden y se separarán inevitablemente, DWORKIN R., “In Defense of Equality”, en *Social Philosophy and Policy*, núm. 1, 1983, p. 28.

¹⁹³³ DWORKIN R., *Ética privada e igualitarismo político*, op. cit., p. 107. Esta concepción constitutiva “no es la concepción escéptica, según la cual la vida de alguien es buena o mala sólo si -y porque- él piensa que es buena o mala. Alguien podría estar equivocado al considerar que su vida es buena, y equivocado porque cuenta como bueno un componente que no lo es. Y podría estar equivocado al no reconocer y percibir algún rasgo de su vida que, de haberlo reconocido, habría hecho su vida mejor. La concepción constitutiva niega sólo que algún acontecimiento o logro pueda mejorar la vida de alguien a pesar de la opinión contraria del interesado”, p. 108. Recordemos que la superioridad, según Dworkin, de la concepción constitutiva se vincula, frente a las éticas del *impacto*, al modelo deseable que es el *modelo del desafío*, desde el que “el valor ético de una vida radica en el valor inherente a un vivir diestramente realizado”, DWORKIN R., *Ética privada e igualitarismo político*, op. cit., pp. 111-112 y 116 y ss.

¹⁹³⁴ Aunque el propio Dworkin reconoce que el valor de una vida no depende exclusivamente de este punto de vista constitutivo, esto es, únicamente porque el sujeto que la vive la estime como tal: “no podemos dar sentido a la experiencia ética a menos que spongamos que es objetiva: una vida particular no puede ser buena para mí sólo porque yo piense que lo es, y yo puedo equivocarme al pensar que una vida particular es buena”, DWORKIN R., *Ética privada e igualitarismo político*, op. cit., p. 141.

¹⁹³⁵ RAZ J., *The Morality of Freedom*, op. cit., p. 380.

Cierto es que juzgamos más severamente la mala vida de quien, consciente y autónomamente, ha decidido llevarla frente al que ha llevado una mala vida por obligación, mala fortuna o por las circunstancias tortuosas que azarosamente le han tocado vivir. Es decir, suavizamos el juicio que nos merece quien ha llevado una mala vida pero no fue por culpa suya, ya que no pudo elegir. Y ello es así porque no sólo juzgamos el haber llevado una mala vida, sino que juzgamos también al sujeto como autor de la misma, le responsabilizamos o reprochamos moralmente su elección, lo que no hacemos con quien no ha podido elegir sino que ha llevado una vida inmoral, innoble o disvaliosa por coacción, incapacidad personal o falta de opciones. El juicio del que hablamos es un reproche moral al propio sujeto, y sólo cabe si éste es responsable de su vida (en tanto sujeto autónomo o autor de la misma).

Juzgamos preferible una vida en la que apreciamos el componente de autonomía que en ella existió como algo valioso, lo que es compatible con el juicio de reproche que podamos dirigirle al sujeto por los errores en los que incurrió al elegir autónomamente. Al calificar como moralmente deseable la vida autónoma lo que estamos diciendo es que, en un sentido, es preferible la mala vida de quien la eligió que la de aquella otra persona que se vio sometida o forzada a seguirla. Por un lado, enjuiciamos al responsable (en tanto autónomo) de la vida disvaliosa que ha llevado, juicio que no hace reproches a quien no ha elegido autónomamente (“pobrecito, qué remedio, no tenía otra salida, le tocó vivir así”); por otro lado, enjuiciamos el valor o la calidad moral de lo que una vida es o ha sido, en el que atendemos tanto a los contenidos de esa vida como al grado de autonomía del sujeto en la determinación de esos contenidos. Me parece que consideramos preferible una vida autónoma que pueda estar errada a una vida que elimina la posibilidad del error a costa de pagar el alto precio de perder nuestra autonomía.

El punto de vista impersonal no hace desaparecer las contradicciones entre los distintos puntos de vista personales. Éstos persistirán. Las personas seguiremos divergiendo acerca de lo que es bueno y valioso en la vida. La presunción de un supuesto punto de vista impersonal, desde el que enjuiciar la corrección de los juicios morales y desde el que la autoridad política quede legitimada para intervenir, no disipa la discrepancia y el conflicto entre esos juicios morales y los de los propios ciudadanos sometidos a esa autoridad. La cuestión relevante es la que se formula como *desacuerdo moral* entre individuos (o entre grupos de individuos), en la que no se trata de la

confrontación entre objetivismo y subjetivismo como dos filosofías en pugna o dos tesis éticas en combate por ver cuál de las dos da mejor cuenta de la posibilidad de que el cognitivismo moral sea o no plausible. De lo que aquí se trata es de desacuerdos, insalvables o irresolubles, que se dan entre las convicciones morales de los ciudadanos de una misma sociedad política.

Es difícil determinar la fuerza que posee la interpretación liberal de la imparcialidad cuando entra en conflicto, no sólo con intereses puramente personales, sino también con la aplicación imparcial de valores más particulares que no pueden obtener reconocimiento general. Una vez situado desde el escalón superior del observador imparcial, ¿hasta dónde llega mi compromiso con esa tolerancia imparcial?

Si es misión del Estado, dirían los perfeccionistas, hacer posible que los individuos vivan vidas que sean realmente buenas, y no las que ellos creen que lo son, la elección por uno mismo o la adhesión del propio sujeto no constituyen condiciones necesarias del valor de la vida. El desacuerdo, aún “razonable”, del propio individuo no debe constituir, por consiguiente, una razón decisiva para que el Estado abdique de su deber de disuadir a los ciudadanos de que vivan formas de vida moralmente insatisfactorias.

El liberalismo es una filosofía exigente con sus militantes e implica un compromiso con la fundamentación ética que él mismo predica. Su relativamente rígida imparcialidad se aminora cuando, dentro de la sociedad liberal, no podamos obligar a otros a actuar según fines que no pueden compartir, ya que se produciría una violación particularmente seria de la condición kantiana según la cual debe tratarse a la humanidad no como medio, sino siempre como fin.

La competencia que la posición perfeccionista adjudica al Estado para juzgar sobre la aceptabilidad moral de las opciones y para seleccionar desde este juicio las que han de ponerse a disposición de la elección de los ciudadanos, tiene consecuencias decisivas para la autonomía personal. Pues la relevancia práctica del juicio moral del ciudadano es sustituida por la del juicio del Estado, cuya competencia sustituye a la de aquél. La autoridad política sustrae al individuo el juicio moral sobre el valor de las opciones, y lo sustituye por el suyo propio. A cada ciudadano le resta así el ámbito de autonomía personal que consiste en elegir entre opciones moralmente aceptables ya preparadas de antemano por el Estado. Pero sustraer del ámbito de la autonomía personal

el juicio moral sobre el valor o disvalor de fines y formas de vida significa expulsar de la idea de autonomía personal uno de sus aspectos más importantes y valiosos: el que se refiere a la autonomía moral del individuo como capacidad para guiarse o determinar sus decisiones desde su propio juicio sobre el valor o disvalor moral de las acciones que tiene ante sí. El individuo adopta sus máximas de conducta tras haber reflexionado sobre esos fines o formas de vida. Es este aspecto especialmente valioso de la idea compleja de autonomía personal el que la perspectiva perfeccionista desconoce.

La idea de *juicio* se manifiesta aquí de forma fundamental: para ser respetuosos con el principio de autonomía, ese *juicio* no puede provenir de nadie más que del sujeto que obra, aunque le falten razones para justificarlo:

«El hecho de que no podamos decir por qué cierta decisión es la correcta, dado un equilibrio particular de las razones en conflicto, no quiere decir que la demanda de corrección no tenga sentido. Si avanzamos en el proceso de justificación práctica todo lo posible hasta llegar al conflicto, podemos continuar sin ulterior justificación, pero sin caer en la irracionalidad. Lo que posibilita esto es el *juicio*: esencialmente la facultad que Aristóteles describió como sabiduría práctica, que se revela a lo largo del tiempo en las decisiones individuales, más bien que en la enunciación de principios generales. No siempre ello nos ofrecerá una solución: existen verdaderos dilemas prácticos que no tienen solución, y también conflictos tan complejos que impiden que el juicio funcione de manera confiable»¹⁹³⁶.

Tampoco el Estado perfeccionista, si suplantara ese juicio, poseerá la certeza necesaria para otorgar al conflicto una solución inequívoca e infalible. El juicio moral del propio individuo queda así anulado e invalidado para servir de fundamento de su propia elección. Esto es, se veda la posibilidad de que el individuo decida su curso de conducta en base al propio juicio que le merecen las opciones que se le plantean. Alguien conduce su vida autónomamente en la medida en que actúa, adopta fines o se embarca en proyectos guiándose por criterios que él mismo valora como moralmente correctos. Pero, como se recordará, a partir de la premisa de que la vida autónoma valiosa requiere poder elegir únicamente entre una pluralidad de opciones moralmente buenas, Raz concluyó que el Estado respeta o promueve la vida autónoma cuando pone a disposición de los ciudadanos ese conjunto adecuado de buenas opciones, y lo es asimismo cuando elimina las opciones moralmente malas, u obstaculiza o desalienta su seguimiento.

¹⁹³⁶ NAGEL T., *Ensayos sobre la vida humana*, op. cit., p. 227.

En cambio, el liberalismo nos deja ser «libres para llevar nuestras vidas individuales de acuerdo con nuestros afectos, compromisos y caprichos más personales. Para la mayoría de nosotros sería una intromisión intolerable tener que vivir según una moral que nos exigiera justificar todo lo que hiciésemos». Pero el liberalismo no nos exige tanto: la restricción liberal de imparcialidad «deja a los individuos en libertad de regular sus propias vidas personales según sus propias concepciones sobre cómo debería vivirse. Y les deja también, y esto es importante, libres para guiarse por sus propias concepciones del bien». En definitiva:

«El liberalismo no nos exige, ciertamente, guiar nuestras vidas, incluso nuestras vidas como seres políticos, por principios radicalmente imparciales. Si requiere, por el contrario, que el marco impuesto en el cual buscamos la realización de nuestros valores individuales y nos sometemos a la posibilidad de control por los valores de otros sea, en un sentido fuerte, imparcialmente justificable.

La imparcialidad liberal no compite con valores más específicos como si fuese una concepción más del bien entre otras. Tampoco el liberalismo exige a sus partidarios abandonar el propio liberalismo en favor de posiciones antiliberales, sino que lleva a establecer un criterio de corrección moral, lo más imparcial posible y prioritario sobre concepciones más específicas, en la determinación de lo que unos individuos pueden imponer a otro»¹⁹³⁷.

La imparcialidad liberal se arroga así una autoridad que de hecho no siempre será aceptada por todos y, por tanto, la justificación que ofrezca para oponerse a la imposición de valores más particulares tendrá que lidiar también contra quienes no acepten el punto de vista de la imparcialidad o piensen, desde tesis perfeccionistas, que su propio punto de vista es superior o más plausible frente al que propone el observador imparcial. También el punto de vista imparcial ahuyenta, a juicio de Nagel, dos peligros: «uno es el peligro del derrotismo romántico, que abandona la teoría racional porque deja inevitablemente muchos problemas sin resolver. El otro es el peligro de la soberracionalización excluyente, que considera intrascendentes o vacías todas las consideraciones que no pueden entrar en el campo de un sistema general que acepta conclusiones explícitamente defendibles». Estos riesgos se alejan cuando reconocemos que «los fundamentos legítimos de decisión son extremadamente variados y se comprenden en diferentes grados»¹⁹³⁸. Nos arruinaremos intentando agrupar dicha variedad en un solo método, pero

¹⁹³⁷ NAGEL T., *Conflicto Moral y Legitimidad Política*, op. cit., p. 105.

¹⁹³⁸ NAGEL T., *Ensayos sobre la vida humana*, op. cit., pp. 230 y 231.

al menos, la imparcialidad nos permite comprender que existen varios factores en juego y que cada uno requiere su propia explicación.

No podemos pretender que un individuo sienta lo contrario a lo que él mismo percibe como verdadero y valioso. Ni obligarle a un escepticismo en el que cuestione sus propias creencias. Pues «si creo en algo, creo que ese algo es verdad. Puedo reconocer la posibilidad de que lo que creo sea falso, pero lo que no puedo es, respecto a ninguna de mis creencias particulares, pensar que esa posibilidad se haya realizado»¹⁹³⁹. Sería como obligarnos a pensar que nuestra *terra firme* sobre la que pisamos es *arena movediza* y que nuestra *verdad es falsa*. Algo contradictorio y tautológicamente imposible.

5. PERFECCIONISMO Y LÍMITES A LA INTERFERENCIA ESTATAL.

Los liberales se habrían equivocado -a juicio de los perfeccionistas- al conectar el valor de la autonomía individual con la neutralidad del Estado ante las concepciones del bien, olvidando que el objetivo de toda acción política es proveer a sus ciudadanos de las condiciones óptimas para que persigan buenas vidas. La autoridad política tendría deberes positivos de promover las condiciones necesarias para el correcto ejercicio de la autonomía y, para conseguirlo, también tendría el deber de facilitar el abanico adecuado de opciones que hacen posible la elección autónoma. El deber del Estado de crear y proteger el entorno que hace posible la vida autónoma se refiere tanto a condiciones o bienes materiales como al entorno cultural que posibilita y da significado a las opciones en cuestión. El marco comunitario desde el que, según Raz, ha de entenderse la autonomía personal, debe ser protegido por una «política comunitarista de la autonomía», volcada a la preservación de las *formas sociales* que constituyen, desde esta concepción, la cultura y el «bien común»¹⁹⁴⁰.

Lo que ocurre es que esta construcción perfeccionista estaría otorgando poderes desorbitados al Estado para apreciar la bondad moral de determinadas formas de vida y para reprobear aquellas otras que considere indignas de ser vividas:

¹⁹³⁹ NAGEL T., *Conflicto Moral y Legitimidad Política*, op. cit., p. 99.

¹⁹⁴⁰ RAZ J., *The Morality of Freedom*, op. cit., pp. 407 y 408.

«El principio de autonomía permite e incluso exige a los gobiernos la creación de oportunidades moralmente valiosas y la eliminación de las moralmente repugnantes»¹⁹⁴¹.

Entonces, y dejando de lado aquellas parcelas no problemáticas en las que el Estado social y democrático de Derecho sí ha canalizado ya opciones perfeccionistas (como en la educación o en la protección de las artes y la cultura), ¿no es acaso también un objetivo legítimo de ese orden jurídico promover *la creación de oportunidades moralmente valiosas y eliminar las moralmente repugnantes*, como postula Raz? La respuesta inmediata que los defensores de una concepción liberal esgrimen frente a este interrogante es que no es un objetivo legítimo del sistema jurídico hacer virtuosos a los ciudadanos sometidos a él, puesto que ello está en pugna con la libertad de las personas de elegir y desarrollar sus propios planes de vida sin interferencia de otros individuos o de los órganos estatales. El punto de vista liberal implica sostener que, a los efectos de la justificación de políticas públicas, el bien de una persona está dado por la satisfacción de los fines que ella misma se propone y no de ciertos objetivos postulados como válidos independientemente de la elección de los individuos. El liberal rechaza el modelo de una organización social globalizadora, totalizadora y abarcadora de todos los aspectos de la vida de un individuo y en la cual las preferencias de ciertas personas respecto de cómo deberían desarrollarse las vidas ajenas, prevalecen sobre las de los titulares de esas vidas.

El principio perfeccionista que hace de la vida buena de los ciudadanos un objetivo de la acción del Estado, pone en manos de éste formidables poderes para realizar o promover las condiciones de la autonomía personal. Raz hace especial énfasis en el deber del Estado de preservar y crear las formas sociales exigidas para el ejercicio de la autonomía personal, esto es, «de crear un entorno que proporcione a los individuos un abanico adecuado de opciones y de las oportunidades de elegir las»¹⁹⁴².

La conexión entre autonomía y acción del Estado deriva de la premisa fundamental según la cual el deber primordial del Estado es promover que los individuos vivan buenas vidas: «el fin de toda acción política es permitir que los individuos sigan concepciones válidas del bien y disuadirles de las malas o vacías»¹⁹⁴³. Las exigencias que el valor de la autonomía personal impone a la acción política del Estado proceden de su condición de componente o ingrediente de la vida buena. Los filósofos liberales se

¹⁹⁴¹ RAZ J., *The Morality of Freedom*, op. cit., pp. 411 y 417.

¹⁹⁴² RAZ J., *The Morality of Freedom*, op. cit., p. 418.

¹⁹⁴³ RAZ J., *The Morality of Freedom*, op. cit., p. 133.

habrían equivocado al querer separar el deber del respeto a la autonomía de la consideración general del bien de las personas, en el que el valor de la autonomía debe enmarcarse: «valoramos la autonomía en la medida en que contribuye al bien de la persona autónoma», por eso «sólo a través de una concepción del bien basada en la autonomía y en el pluralismo de valores podemos restaurar la verdadera perspectiva del papel de la moral en la política»¹⁹⁴⁴.

Lo que interesa saber es, entonces, si una tolerancia como la que propugna el liberalismo entre concepciones de lo bueno es coherente y defendible desde el marco de la acción del gobierno. Para los perfeccionistas la respuesta es claramente negativa y, a su vez, contestan arrojando otro interrogante: ¿la imparcialidad por los liberales predicada no nos estará llevando demasiado lejos, más allá de lo que el propio Estado liberal puede tolerar?

No está claro por qué el punto de vista imparcial deba hacernos comulgar con las concepciones de lo bueno que no están dispuestas a aceptar ese mismo punto de vista en una discusión:

«¿Por qué debe importarme que otros, con los que no estoy de acuerdo, puedan aceptar o rechazar los fundamentos del ejercicio del poder político? ¿Por qué no puedo prescindir de su rechazo, si está basado en valores religiosos, morales o culturales que estimo erróneos? ¿Por qué admitir que mis opiniones sobre el uso legítimo del poder del Estado dependan de lo que sería razonable para ellos aceptar o rechazar? ¿No podría, en vez de eso, fundamentar aquellas opiniones en los valores que considero correctos?

Uno podría cuestionar por qué tendría alguien que aceptar ser gobernado por principios que elegiría desconociendo sus propias creencias religiosas o su propia concepción del bien. ¿No es eso demasiada imparcialidad? ¿No es otorgar demasiada autoridad a aquellos cuyos valores son contrarios a los nuestros? ¿No estamos en realidad traicionando nuestros propios valores? Cuando yo creo algo, creo que es *verdadero*, y sin embargo, aquí se me pide que prescinda de actuar según esa convicción por respeto a creencias que considero falsas, ¿Qué motivación moral podría tener para ello? Una cosa es la imparcialidad entre personas y otra muy distinta la imparcialidad entre concepciones del bien. En otras palabras, ¿no deberíamos empezar por los valores que aceptamos nosotros mismos a la hora de decidir cómo podría usarse legítimamente el poder del Estado?»¹⁹⁴⁵.

Creo que un liberal acertaría al defender estos argumentos si hiciera uso de la distinción ya mencionada entre las dos dimensiones de cualquier sistema moral. La

¹⁹⁴⁴ RAZ J., *The Morality of Freedom*, op. cit., p. 369.

¹⁹⁴⁵ NAGEL T., *Conflicto Moral y Legitimidad Política*, op. cit., p. 92.

“moral del deber” de Fuller, o la moral “social o intersubjetiva” de Nino, está constituida por las reglas morales que se refieren a nuestro comportamiento hacia los demás, proscribiendo aquellas acciones que perjudican el bienestar de terceros u ordenando la realización de otras que promuevan los intereses ajenos. La otra dimensión, que Fuller denomina “moral de aspiración” y Nino “moral personal o autorreferente”, está constituida por las pautas morales que definen modelos de virtud o excelencia personal y que permiten juzgar las acciones por sus efectos en el carácter moral del propio agente, con indiferencia de que perjudiquen o no a terceros. Una acción puede ser moralmente reprochable de acuerdo con la moral social o del deber, pero no ser autodegradante según cierto ideal de virtud personal; y una conducta puede incidir negativamente en la valoración de la personalidad del agente sin infringir ninguna prohibición referida al bienestar ajeno.

Los perfeccionistas tienden a destacar los instrumentos no coercitivos de la acción estatal, a los que apelan en sus respuestas a las críticas que se les dirigen en nombre del propio valor de autonomía que ellos mismos entronizan como un valor primordial de la vida buena. Joseph Raz insiste en que «no toda acción perfeccionista implica la imposición coactiva de una forma de vida», ya que «gran parte de ella puede consistir en estimular y facilitar la acción deseada y desalentar los modos de conducta indeseados». Esto puede hacerse por medios tales como el otorgamiento de honores, la concesión de subvenciones o préstamos, o la imposición de cargas fiscales¹⁹⁴⁶. Tanto Raz como otros perfeccionistas consideran que estas formas alternativas de intervención política son, o bien las únicas a disposición del Estado liberal o bien, en todo caso, preferibles por su compatibilidad con la autonomía personal, que sólo excluiría la coerción y manipulación de las decisiones individuales.

El punto de vista liberal no conduce a sostener que el derecho deba ser indiferente a pautas y principios morales válidos y que la inmoralidad de un acto sea irrelevante para justificar su punición jurídica. Defiende, en cambio, limitar la vinculación entre el derecho y la moral a aquellas reglas morales que se refieren al bienestar de terceros (a la moral del deber o intersubjetiva). Lo que los liberales critican «no es que se pueda actuar desde premisas morales correctas o concepciones válidas del bien, sino hacer que otros actúen así, contra su propio juicio y elección, y mediante los instrumentos del poder

¹⁹⁴⁶ RAZ J., *The Morality of Freedom*, op. cit., p. 161.

político del Estado»¹⁹⁴⁷. Los ideales de excelencia humana que integran el sistema moral que profesamos (moral aspiracional o autorreferente) no deben ser, según este punto de vista, homologados ni impuestos por el Estado, sino quedar librados a la elección de los individuos y en todo caso ser materia de discusión y persuasión en el contexto social. De lo contrario, como bien dice el profesor Rodolfo Arango:

«La imposición de un maximalismo moral por vía del maximalismo judicial sería como querer ordenar la felicidad humana por sentencia judicial»¹⁹⁴⁸.

Si, como hemos visto, la concepción perfeccionista sobre el valor de la autonomía no sólo depende de la calidad de las opciones elegidas sino, sobre todo, en el poder de ese valor para contribuir a una vida globalmente buena, entonces no cabe justificar una negativa radical al uso de la coacción que, aun disminuyendo en cierto grado la autonomía del individuo, mejora globalmente el valor de su vida. La razón para limitar el uso de la coacción en pro de la autonomía personal aconsejará, por el contrario, recurrir a ella cuando así se obtengan mejores consecuencias para el conjunto de la vida de una persona.

Joseph Raz se separa, en cambio, de esta conclusión, al rechazar el recurso a la coacción para disuadir a los ciudadanos de seguir pautas de conducta, relaciones o formas de vida disvaliosas¹⁹⁴⁹. Raz lleva a cabo una revisión del principio del daño de Mill en la que propone reinterpretar el concepto de daño como concepto normativo dependiente «de una moralidad que valora la autonomía». Trata de sostener, a grandes rasgos, que se causa daño a una persona cuando se le afecta el proyecto de vida que ha elegido. Limitar la coacción como medio de interferencia estatal a la prevención del daño así entendido significa, entonces, restringir la coerción estatal al objetivo «de impedir las acciones que disminuirían la autonomía de las personas y forzar a realizar aquéllas que son necesarias para mejorar las opciones y oportunidades de los individuos»¹⁹⁵⁰.

Esta posición no parece, sin embargo, concordar con la que el propio Raz ha sostenido anteriormente acerca de la identificación del valor de la elección autónoma con la elección en favor de buenas opciones. De acuerdo con su principio perfeccionista de autonomía, que permite y aún obliga al gobierno a eliminar las opciones disvaliosas, este

¹⁹⁴⁷ COLOMER J.L., *Autonomía y gobierno. Sobre la posibilidad de un perfeccionismo liberal*, op. cit., p. 287.

¹⁹⁴⁸ ARANGO R., *Derechos, constitucionalismo y democracia*, op. cit., p. 133.

¹⁹⁴⁹ Sobre el sentido que tiene la coacción para Raz respecto de la autonomía personal, véase RAZ J., *The Morality of Freedom*, op. cit., pp. 151-157 y 377-378.

¹⁹⁵⁰ RAZ J., *The Morality of Freedom*, op. cit., pp. 413-416.

mismo principio autorizará a recurrir a la coerción cuando «la actividad moralmente repugnante no pueda ser defendida de otra forma». La restricción al uso de la coacción para disuadir de actividades y preferencias inmorales se ve, como el propio autor reconoce, «amenazada por el hecho de que la elección autónoma de lo inmoral es contraria al bien de la persona», de lo que se sigue que «el gobierno no está obligado a respetar a quienes llevan a cabo actividades inmorales o innobles, y que éstas pueden ser suprimidas por la autoridad»¹⁹⁵¹.

Pero desconocer la libertad que tiene el individuo de no sufrir coacción cuando su conducta no dañe a terceros (Mill) supone también ignorar la concepción kantiana de la persona como un ser capaz de elegir sus propios fines. La coacción impuesta y la manipulación por otros eliminan la autonomía, tanto en la medida en que aquélla nos priva de las opciones necesarias para una verdadera elección, como en el sentido de que una y otra impiden ver nuestras acciones como propias, y la vida que éstas configuran como dirigida o guiada por uno mismo. La presión autoritaria y la amenaza de sanción constituyen un ataque a la autonomía personal, ya que hace someternos a voluntades que no son las nuestras ni nos son queridas, y nos convierte en medios para fines de otros.

Esta libertad básica que deriva del principio de autonomía es la consagrada en los arts. 4º y 5º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 cuando estipula que «la libertad consiste en poder hacer todo aquello que no cause perjuicio a los demás (...). La ley sólo puede prohibir las acciones que son perjudiciales a la sociedad».

Lo que debe llevarnos a rechazar la tesis perfeccionista es que traslada al Estado el juicio acerca de cuándo una vida autónoma es disvaliosa y cuándo, por consiguiente, estaría justificado que el Estado interfiriese en el curso de acción de un sujeto para apartarle de esa vida. Desde la concepción perfeccionista se confiere competencia a la autoridad política para juzgar el valor de una vida humana. Y tal conclusión no parece compatible con el ideal de la autonomía personal que el propio perfeccionismo dice tomar en serio.

Como es fácil advertir, el problema que nos preocupa no es si pueda haber unos modos de vida más nobles que otros, sino averiguar si esas vidas innobles o poco cultivadas pueden ser censuradas sin desnaturalizar el valor de la autonomía personal. Me

¹⁹⁵¹ RAZ J., *The Morality of Freedom*, op. cit., pp. 417 y 418.

temo que la respuesta es negativa y que cuando estamos juzgando esas vidas mezquinas lo que estamos haciendo es verter nuestros juicios condenatorios, de disgusto y desagrado sobre aquellos individuos que las viven y, a la postre, estaríamos justificando la interferencia en unas vidas tradicionalmente consideradas proscriptas o extravagantes en el marco de la sociedad liberal. En cambio, un buen test de la firmeza de nuestra actitud de adhesión al principio de la autonomía pasaría por verificar si estamos dispuestos a tolerar no sólo las formas de vida que nos parecen nobles e inspiradas sino también las que nos chocan por insípidas o simplemente diferentes a las nuestras.

Esto implica que el envilecerse y degradarse son cuestiones que no deben ser condenadas en contextos jurídicos, ya que hay determinados comportamientos que, asumido el derecho a la independencia moral de los sujetos, ni siquiera se cuestionan ya en el ámbito del Derecho. Lo que significa, como decía el penalista italiano decimonónico Francesco Carrara, que las funciones de un legislador que no degeneren en tiránicas no pueden confundirse con las de un moralista; tal legislador debe poder decir a sus súbditos:

«Sed viciosos si así os place; tanto peor para vosotros; yo no tengo derecho a infligiros penas por ello»¹⁹⁵².

¹⁹⁵² CARRARA F., *Programa de Derecho Criminal*, trad. de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Parte Especial, Volumen VI, Temis, Bogotá, cuarta ed. revisada 1977, p. 13 (§2929). Para Carrara, el dominio de la ley penal no alcanza la condena del vicio sino sólo cuando éste pueda ocasionar la lesión de un derecho. Como debe presumirse que “en la mayoría de los corazones existe el aborrecimiento del vicio, resulta que este sentimiento se ofende en todos los buenos ante el espectáculo del vicio que se exhibe con publicidad descarada. Además, como la sociedad está interesada en mantener y promover la rectitud de los ciudadanos, porque solo las virtudes de éstos pueden engrandecer una nación, tiene derecho a impedir los actos de mal ejemplo con que se generalizan ciertas malas costumbres y se aminoran el afecto y el respeto a las virtudes opuestas”. Subraya Carrara que “sería una exigencia intolerable la del que quisiera impedirles a otros ser viciosos”, sin menoscabo de que las conductas viciosas quedaran relegadas al ámbito privado: sed viciosos “entre vosotros mismos, de manera privada, pues creo tener derecho a que no practiquéis esos vicios de modo que la mala costumbre se transmita a otros”, op. cit., pp. 12 y 13.

P A T E R N A L I S M O

1. INTRODUCCIÓN.

Recordemos que Mill nos engañaba cuando quería enunciar «un sencillo principio destinado a regir absolutamente las relaciones de la sociedad con el individuo»¹⁹⁵³. Este “sencillo principio” de Mill en realidad ni era “uno” ni era “sencillo”. Por el contrario estaba constituido, a su vez, por dos principios: uno que afirmaba que la propia protección o la prevención del daño a otros es, en ciertas ocasiones, una justificación suficiente para el ejercicio de la coacción; y el otro que defendía que el «propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente» para ejercer tal coacción en el individuo que «sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, es soberano»¹⁹⁵⁴. El propósito de las líneas que siguen es analizar esta segunda parte del argumento de Mill, es decir, la oportunidad o pertinencia de las interferencias paternalistas en la libertad de una persona.

Tras un trabajo ya clásico de Gerald Dworkin, que llevaba por título *Paternalism*¹⁹⁵⁵ publicado en 1971, por paternalismo se suele entender «la interferencia en la libertad de acción de una persona justificada en razones que se refieren exclusivamente al bienestar, al bien, a la felicidad, a las necesidades, a los intereses o a los valores de la persona coaccionada»¹⁹⁵⁶. De esta noción general, distingue el autor las interferencias paternalistas en casos ‘puros’ e ‘impuros’, dependiendo que la persona sobre la que recae la medida paternalista sea la misma que la que va a padecer o disfrutar sus efectos: «en el paternalismo puro, la clase de personas cuya libertad se restringe es idéntica a la clase de personas cuyo beneficio se intenta promover mediante tales restricciones», como sería el caso de «exigir a los ocupantes de automóviles el uso del

¹⁹⁵³ MILL J.S., *Sobre la libertad*, op. cit., p. 79.

¹⁹⁵⁴ MILL J.S., *Sobre la libertad*, op. cit., p. 80. Para Macario Alemany esta “referencia a la idea de soberanía que aparece en la formulación del principio del daño” se refiere “al concepto de soberanía en el sentido propio de la doctrina del Derecho internacional, fundamento del principio de no injerencia en los asuntos internos de los Estados soberanos. En la esfera privada el individuo es soberano, de la misma manera que en la sociedad de naciones tradicional los Estados son soberanos sobre su territorio. La noción de soberanía parece apoyar los propósitos de John S. Mill doblemente: por un lado, aludiendo al derecho a la no injerencia y, por otro, estableciendo la analogía entre territorio y esfera privada de libertad”, ALEMANY M., *El Paternalismo jurídico*, Iustel, Madrid, 2006, p. 97.

¹⁹⁵⁵ DWORKIN G., “Paternalism”, en *Morality and the Law*, R. Wassterstrom (ed.), Belmont, Estados Unidos, 1971, pp. 107-126. El artículo se reeditó en SARTORIOUS R. (ed.), *Paternalism*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1987, pp. 19-34. Cito por la traducción al castellano de Jorge Malem, “El paternalismo”, en *Derecho y Moral. Ensayos analíticos*, J. Betegón y J.R. de Páramo (eds.), Ariel, Barcelona, 1990, pp. 147-161.

¹⁹⁵⁶ DWORKIN G., *El paternalismo*, op. cit., p. 148.

cinturón de seguridad»; a diferencia del paternalismo ‘impuro’ que «al tratar de proteger el bienestar de una clase de personas nos encontramos que la única manera de hacerlo implicará la restricción de la libertad de otras personas», como sucede al «prohibir a los fabricantes de cigarrillos continuar la fabricación de sus productos aduciendo que estamos previniendo que causen una enfermedad a otros»¹⁹⁵⁷.

El paternalismo «implicará limitaciones a la libertad de algunos individuos en su propio interés», pero, como los casos de paternalismo ‘impuro’ demuestran, «también puede extenderse a interferencias en la libertad de personas cuyos intereses no están involucrados»¹⁹⁵⁸. Y estos supuestos requerirán mayores esfuerzos, mejores razones o argumentos más fuertes para ser justificados, ya que estaríamos limitando la libertad de las personas sobre las que recae la medida paternalista y, en cambio, ni siquiera les estaríamos dando el consuelo de estar sufriendo la limitación en beneficio propio.

En sucesivos trabajos Gerald Dworkin volvió sobre el tema del paternalismo. Destaca su artículo *Paternalism: Some Second Thoughts*¹⁹⁵⁹ en el que, contestando a las críticas que había recibido su ensayo de 1971, Dworkin intenta aportar un concepto de paternalismo más amplio, ya que el anterior esquema conceptual era demasiado estrecho al restringir todos los supuestos de paternalismo a la presencia del elemento coactivo¹⁹⁶⁰. Al hacer desaparecer la coacción como único medio de la acción paternalista, se admite que otros métodos puedan servir para influir paternalistamente sobre los individuos. Para ello acude a una distinción entre paternalismo ‘duro’ (el que opera sobre individuos capaces, adultos en pleno uso de sus facultades) y paternalismo ‘blando’ (que requiere que «la persona con quien estamos actuando paternalistamente sea de alguna forma no

¹⁹⁵⁷ DWORKIN G., *El paternalismo*, op. cit., p. 150.

¹⁹⁵⁸ DWORKIN G., *El paternalismo*, op. cit., p. 150.

¹⁹⁵⁹ DWORKIN G., “Some Second Thoughts”, en *Paternalism*, Rolf Sartorius (ed.), University of Minnesota Press, Minneapolis, 1987, pp. 105-111. También cabe destacar su libro *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge University Press, 1988, en el que Dworkin se propone rastrear un concepto de autonomía que sea útil para el problema del paternalismo. Más recientemente, Dworkin ha publicado un artículo dedicado al paternalismo moral en el que se enfrenta, por un lado, a la difícil distinción entre este paternalismo y el paternalismo jurídico y, por otro, con su diferencia con respecto al moralismo jurídico. Véase DWORKIN G., “Moral Paternalism”, en *Law and Philosophy*, núm 24, 2005, pp. 305-319.

¹⁹⁶⁰ El replanteamiento de Gerald Dworkin de su concepto de paternalismo, ampliándolo para abarcar más allá del paternalismo puramente coactivo, se debe a la crítica que le dirigió a su artículo de 1971 el filósofo Joel Feinberg. A juicio de Feinberg, la coacción no es una característica que defina al paternalismo, sino un elemento que lo acompaña y que, por tanto, podrían darse casos de paternalismo no coactivos. Véase FEINBERG J., “Legal Paternalism”, en *Paternalism*, Rolf Sartorius (ed.), University of Minnesota Press, Minneapolis, 1987, pp. 3-18. Anteriormente el artículo había aparecido en FEINBERG J., “Legal Paternalism”, en *Canadian Journal of Philosophy*, núm. 1, 1971, pp. 106-124.

competente»¹⁹⁶¹). Quedando sólo justificadas este segundo tipo de intervenciones paternalistas.

Los trabajos de Gerald Dworkin fueron inteligentemente contestados y ampliados por Joel Feinberg. El filósofo americano publicó el artículo *Legal Paternalism* donde define el paternalismo jurídico como el principio que

«justifica la coerción estatal para proteger individuos de daños auto-infligidos o, en su versión extrema, para guiarlos, les guste o no, hacia su propio bien»¹⁹⁶².

En su influyente y extensa obra *The Moral Limits of the Criminal Law*, Joel Feinberg profundizará sobre el paternalismo desde la óptica del Derecho penal. En su volumen tercero *Harm to Self*, lo definirá como el principio que afirma que «siempre es una buena y relevante (aunque no necesariamente decisiva) razón en defensa de una prohibición criminal que prevendrá daños (físicos, psíquicos o económicos) al mismo sujeto»¹⁹⁶³. Para este autor, el paternalismo se justifica únicamente cuando afecta a decisiones insuficientemente voluntarias de los individuos o cuando se hace necesaria temporalmente la medida paternalista mientras se averigua si la decisión fue o no lo suficientemente voluntaria.

Feinberg admite la existencia del paternalismo ejercido de forma no coactiva (lo que constituía su reproche al limitado concepto de G. Dworkin). A su juicio, quizás lo único que tengan en común todos los actos y regulaciones que son llamados paternalistas sea «que el tratamiento (...) dado a ciertas personas es justificado en términos de su propio bien, sea lo que sea lo que ellos mismos puedan pensar sobre el asunto»¹⁹⁶⁴. Ahora bien, junto a los daños *auto-infligidos* de los que hablaba Feinberg en su primer trabajo, se dan daños que son ocasionados por otros con el consentimiento o a requerimiento del sujeto dañado. De esta distinción deriva Feinberg que haya normas paternalistas que se aplican a casos en los que interviene sólo un sujeto (por ejemplo, la prohibición del suicidio) y normas paternalistas que se aplican sobre dos o más sujetos implicados (por ejemplo, la prohibición de auxilio al suicidio). A este respecto, señala Feinberg:

¹⁹⁶¹ DWORKIN G., *Some Second Thoughts*, op. cit., p. 107.

¹⁹⁶² FEINBERG J., *Legal Paternalism*, op. cit., p. 3.

¹⁹⁶³ FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. III: *Harm to Self*, op. cit., p. 6.

¹⁹⁶⁴ FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. III: *Harm to Self*, op. cit., p. 7.

«Los casos de dos partes son paternalistas cuando el requerimiento (o el consentimiento) de una de las partes a la acción de la segunda parte no da licencia a esta segunda parte para hacer lo que la primera parte quiere (o es voluntario) que se haga»¹⁹⁶⁵.

A este tipo de intervenciones que operan sobre distintos sujetos las denomina Feinberg paternalismo ‘indirecto’, por contraposición a las de paternalismo ‘directo’ que operan sobre un solo individuo¹⁹⁶⁶. Como se vio más arriba, esta distinción se corresponde con la que Gerald Dworkin proponía entre paternalismo puro e impuro.

En el paternalismo no se trata de imponer ciertos ideales de excelencia humana (véase apartado anterior “Perfeccionismo”) sino de preservar la salud física y mental de los individuos, desalentando decisiones de ellos mismos que la ponen en peligro. Las personas serían libres, según los paternalistas, para adoptar cualquier plan de vida o profesar cualquier modelo de virtud personal, siempre y cuando ello no les conduzca a autodañarse (ni, por supuesto, dañar a terceros).

En principio, parecería que estas medidas paternalistas no conculcarían una concepción liberal de la sociedad. Son los intereses de los propios individuos afectados los que estas leyes protegen, dejando a salvo la autonomía de cada uno de ellos para elegir su plan de vida: el paternalismo no pretendería imponer aquellos intereses, sino salvaguardarlos para perseguirlos autónomamente. Mucha de la confusión originada en torno al paternalismo se disiparía, a juicio de Manuel Atienza, si lográramos captar «esta simple idea que, por lo demás, tiene todo el aire de una paradoja: el paternalismo consiste en limitar la autonomía de las personas en nombre de la propia autonomía»¹⁹⁶⁷.

Sin embargo, algunos prominentes pensadores liberales han criticado severamente el paternalismo, negándole su viabilidad en una sociedad liberal. Robert Nozick, ya desde el prefacio de su conocida obra *Anarquía, Estado y Utopía*, se opone con rotundidad al paternalismo:

¹⁹⁶⁵ FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. III: Harm to Self, op. cit., p. 9.

¹⁹⁶⁶ Joel Feinberg construye otra distinción, que reserva para el ámbito del Derecho penal, entre paternalismo ‘duro’ y ‘blando’: el paternalismo duro “aceptará como una razón para la legislación criminal que es necesaria para proteger a adultos competentes, contra su voluntad, de las consecuencias dañosas de sus elecciones y empresas, aunque sean plenamente voluntarias”; por el contrario, el paternalismo blando “sostiene que el Estado tiene derecho a prevenir la conducta dañosa auto-referente si y sólo si esa conducta es sustancialmente no voluntaria, o cuando una intervención temporal sea necesaria para establecer si es voluntaria o no”, FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. III: Harm to Self, op. cit., p. 12.

¹⁹⁶⁷ ATIENZA M., “prólogo” a ALEMANY M., *El Paternalismo jurídico*, Iustel, Madrid, 2006, p. 21.

«El Estado no puede usar su aparato coactivo con el propósito de hacer que algunos ciudadanos ayuden a otros o para prohibirle a la gente actividades para su *propio* bien o protección»¹⁹⁶⁸.

Entre los opositores del paternalismo quizás el más contundente haya sido, como sabemos, John Stuart Mill. El filósofo londinense intentó mostrar que, a pesar de que los actos autolesivos ocasionaran daño al propio agente que se los inflige y, por ende, deberían evitarse, la interferencia social y jurídica sobre tales actos afecta en más alto grado la autonomía, puesto que son mayores los daños que esa interferencia genera que los que el agente podría estar causándose mediante ese acto dañino a sí mismo.

Mill nos permite detectar cuál es la objeción principal o los peligros que los partidarios de una concepción liberal, como la suya, encuentran en la legislación paternalista. En la medida en que tal legislación está dirigida a proteger intereses que sus propios titulares no perciben ni reconocen como suyos, el paternalismo se confunde con el perfeccionismo: puesto que los bienes protegidos no están en función de los fines libremente asumidos por los individuos, sino en función de los fines que, se supone, los individuos necesariamente tienen, los reconozcan o no como tales (véase epígrafe 1.1 “Algunas distinciones entre perfeccionismo y paternalismo” del apartado anterior sobre “Perfeccionismo”).

Pero este desarrollo muestra que, tentativamente, hay entonces un tipo de paternalismo que podría ser aceptado por una concepción liberal de la sociedad, pues no se confunde con el perfeccionismo: el paternalismo dirigido a proteger los intereses reales de los individuos (o sea los intereses que sus titulares genuinamente reconocen como tales) contra actos de ellos mismos que podrían afectarlos.

Si reservamos la noción de ‘evitar daños’ para el paternalismo y la de ‘proveer beneficios’ para el perfeccionismo parece que arrojamus algo de claridad en la distinción entre ambos conceptos. Es la estrategia que sigue Joel Feinberg, quién prefiere la denominación de “perfeccionismo jurídico” cuando los principios paternalistas parecen orientarse a la consecución de beneficios *morales*. El perfeccionismo jurídico se caracterizaría por ser

¹⁹⁶⁸ NOZICK R., *Anarquía, Estado y Utopía*, op. cit., p. 7.

«un objetivo propio del Derecho penal perfeccionar el carácter y elevar el gusto de los ciudadanos que están a él sujetos»¹⁹⁶⁹.

La noción clave del perfeccionismo jurídico de Feinberg es la de *carácter*: «un conjunto de disposiciones para actuar o sentir en ciertas formas, de manera que cuando una disposición dada es en general encomiable, la llamamos una virtud o excelencia (...) y cuando en conjunto está sujeto a desaprobación la llamamos un fallo o defecto de carácter»¹⁹⁷⁰.

Joel Feinberg advierte que los perfeccionistas no deberían defender el uso de la coacción para inculcar virtudes en los individuos. El tipo de virtudes morales que es más plausible infundir a través del Derecho penal son aquellas mínimas e indispensables para la convivencia y que tienen más bien un carácter negativo: no matar, no violar, no golpear, no robar... Nuestro autor duda de que incluso estas “virtudes negativas mínimas” puedan ser inculcadas por la coacción penal, pero reconoce que la “majestad del Derecho” con sus procedimientos públicos, solemnidades del proceso, seriedad en la aplicación de las penas, etc., puede llegar a lograr el efecto deseado:

«la razón perfeccionista, en este contexto, implica paternalismo moralista en su forma más extrema. La forma de perfeccionismo invocada por tal razón es el principio de que siempre es una buena razón en apoyo de la prohibición propuesta que mejorará el carácter de la misma persona que es destinataria de la prohibición. A diferencia de las más usuales formas físicas y económicas de paternalismo que justifican restringir la libertad de una persona por la necesidad de prevenirle un daño (que su interés sea frustrado), esta forma moralista del principio legitima restricciones sobre su libertad por la necesidad de conferirle un beneficio (ya lo vea él así o no), a saber, el beneficio de un carácter mejorado. El Estado no le dice que debe ser constreñido para proteger a otros, ni que debe ser protegido de sí mismo, sino ‘por su propio bien’»¹⁹⁷¹.

Como demuestra la postura de Joel Feinberg, le critica Alemany, «la cuestión de la aceptabilidad del perfeccionismo se ha planteado exclusivamente en relación con

¹⁹⁶⁹ FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. IV: Harmless Wrongdoing, op. cit., p. 277. Para Feinberg lo característico del perfeccionismo jurídico como un tipo de moralismo es su confianza en los mecanismos del Derecho penal para implementarlo. A su juicio, un liberal puede admitir que algunas ‘formas de vida humana’ son intrínsecamente superiores a otras. Igualmente sostiene que es innegable que el Estado “puede correctamente tratar de promover la virtud pública y elevar el nivel de excelencia a lo largo y ancho de la sociedad por medio de métodos tales como la educación moral y cultural en las escuelas públicas, los subsidios a las artes y las ciencias, y los premios y reconocimientos a los ejemplos de virtud”, op. cit., p. 278. En este punto, la concepción del liberalismo de Joel Feinberg le distancian notablemente de posturas como la de Ronald Dworkin o Bruce Ackerman y le acercan al denominado perfeccionismo liberal, tal y como lo hemos visto en el capítulo anterior, de Haksar o Joseph Raz.

¹⁹⁷⁰ FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. IV: Harmless Wrongdoing, op. cit., p. 278.

¹⁹⁷¹ FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. IV: Harmless Wrongdoing, op. cit., p. 285.

aquellos fines que el Estado puede perseguir por medio de la coacción y, en particular, de la coacción penal». Sin embargo, cree Alemany que «al igual que ocurre con el paternalismo, es un error restringir la noción de perfeccionismo a las interferencias coactivas»¹⁹⁷². El profesor Macario Alemany concluye que:

«Paternalismo y perfeccionismo coinciden en la forma pero se distinguen por la finalidad de la intervención. Mientras que el paternalismo se orienta a evitar daños y sólo daños de tipo físico, psíquico y económico, el perfeccionismo se orienta a beneficiar (al perfeccionamiento) y los beneficios son de tipo moral (el logro de virtudes morales). Ambas intervenciones tendrían en común que la preocupación es por el mismo individuo que soporta la intervención. La importancia de distinguir entre paternalismo y perfeccionismo se pone de manifiesto cuando la distinción se caracteriza de la siguiente manera: el paternalista apela como razón de su intervención a los planes de vida de los individuos o sus intereses tal y como ellos los conciben y el perfeccionista impone planes de vida que considera valiosos a personas que no los aceptan»¹⁹⁷³.

Sin embargo, este tipo de paternalismo *moral*, tan cercano al perfeccionismo, arrastra el peligro de querer suplantar la autonomía débil de un individuo: éste parecería no saber lo que quiere o podría estar equivocado al no valorar con el peso adecuado lo verdaderamente importante en la vida. Para Sócrates y Platón, a diferencia de Aristóteles, no cabe una voluntad que no se dirija a lo bueno si así se conoce como tal. No cabe una debilidad torcida que nos aparte del recto y buen camino. Si una persona reconoce lo que debe hacer y no está incapacitada física ni psicológicamente para hacerlo, entonces necesariamente lo hace:

«Si lo agradable es bueno -dije-, nadie que sepa ni crea que hay otras cosas mejores que las que él hace, siendo realizables, hará éstas, siendo posible hacer las mejores. Y el ser vencido por esto mismo no es más que ignorancia y el dominarlo no es más que sabiduría.

Nadie se dirige hacia lo malo queriendo, ni hacia lo que se considera que es malo, y que al parecer no se da en la naturaleza humana querer dirigirse hacia lo que se considera que es malo en lugar de hacia lo bueno»¹⁹⁷⁴.

¹⁹⁷² ALEMANY M., *El Paternalismo jurídico*, op. cit., p. 385.

¹⁹⁷³ ALEMANY M., *El Paternalismo jurídico*, op. cit., p. 385. Para Alemany que “el paternalismo y el perfeccionismo se puedan diferenciar conceptualmente no implica que haya otro tipo de conexiones entre ambas figuras. En particular, se suelen señalar dos tipos de conexiones que son, a su vez, dos versiones del argumento de la pendiente resbaladiza: según la primera, el ejercicio del paternalismo conduce, como cuestión de hecho, al ejercicio del perfeccionismo: una vez que el Estado se ha inmiscuido en la vida privada de los ciudadanos por motivos paternalistas -rezaría el argumento-, no parará y terminará llevando a cabo interferencia perfeccionistas; según la segunda, la justificación del paternalismo conduce lógicamente a la justificación del perfeccionismo”, ALEMANY M., *El Paternalismo jurídico*, op. cit., p. 386.

¹⁹⁷⁴ PLATÓN, *Protágoras*, 358c y 358d. Cito por la traducción de Francisco Javier Martínez García, Alianza Editorial, Madrid, 1ª ed. 1998 (5ª reimpr.), p. 113. Carlos García Gual, en su traducción en Gredos,

Si esta tesis platónica fuera cierta, entonces no habría lugar para ningún tipo de paternalismo. Porque si el hombre conoce lo que le interesa y conviene, no necesita de ninguna medida pública que le compela a conseguirlo. Simplemente se dirige a ello.

Aristóteles, en cambio, sí aceptó la posibilidad de la denominada “debilidad de voluntad” (*akrasia*). El estagirita señaló que es a causa de la «debilidad de su convicción por lo que los que tienen opiniones obran más contra su modo de pensar que los que tienen un conocimiento»¹⁹⁷⁵. El discípulo ya había denunciado su discrepancia en este punto con el maestro unos parágrafos más atrás:

«Se podría preguntar como un hombre que tiene recto juicio puede ser incontinente. Algunos dicen que ello es imposible, si se tiene conocimiento: pues, como Sócrates pensaba, sería absurdo que, existiendo el conocimiento, otra cosa lo dominara y arrastrara como un esclavo. Sócrates, en efecto, combatía a ultranza esta teoría, y sostenía que no hay incontinencia, porque nadie obra contra lo mejor a sabiendas, sino por ignorancia. Ahora bien, este argumento está en oposición manifiesta con los hechos»¹⁹⁷⁶.

Es en David Hume en quien encontramos la formulación clásica de las causas psicológicas de la aceptación de este paternalismo. Hume nos habría avisado de los remedios para combatir esa “flaqueza de carácter”. Pese a la extensión de la cita, merece la pena su transcripción por la claridad y concreción con la que Hume va desarrollando su idea:

«Si los hombres son incapaces de preferir lo remoto a lo contiguo no consentirán jamás en algo que los obligue a esta elección y contradiga de una manera tan sensible sus principios e inclinaciones naturales. Quien escoge los medios escoge el fin, y si nos es imposible preferir lo que es remoto nos será igualmente imposible someternos a una necesidad que nos obligue a un método tal de acción.

Sin embargo, aquí puede observarse que esta debilidad de la naturaleza humana llega a ser un remedio para sí misma y que la precaución que tomamos contra nuestra negligencia acerca de los objetos remotos, procede simplemente de nuestra inclinación natural hacia esa negligencia. Cuando consideramos los objetos a distancia, todas sus pequeñas particularidades se desvanecen y damos siempre preferencia a lo que es preferible en sí mismo (...)

(...) Al reflexionar sobre una acción que realizaré de aquí a doce meses me determino a preferir el bien más grande, ya se halle más contiguo o más remoto en ese momento, y una diferencia en este

anota al pie: “Que nadie obra mal voluntariamente, sino a efectos de la ignorancia, es una de las tesis fundamentales de la ética socrática”, en PLATÓN, *Protágoras*, op. cit., p. 295.

¹⁹⁷⁵ ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, Libro VII, 1146b, op. cit., p. 151.

¹⁹⁷⁶ ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, Libro VII, 1145b, op. cit., p. 148.

particular no trae consigo una diferencia en mis intenciones y resoluciones presentes. Mi alejamiento de la determinación final hace que esas pequeñas diferencias se desvanezcan, y estoy afectado nada más que por las cualidades generales y más discernibles del bien y el mal; pero cuando me aproximo más, estas circunstancias que en un principio dejé de ver comienzan a aparecer y tienen una influencia en mi conducta y mis afecciones. Una nueva inclinación hacia el bien presente surge y me hace difícil adherirme a mi primer propósito y resolución. Esta debilidad natural puedo lamentarla mucho y puedo intentar por todos los medios posibles librarme de ella. Puedo recurrir al estudio y a la reflexión sobre mí mismo, al consejo de los amigos, a la meditación frecuente y la resolución repetida, y habiendo experimentado qué poco eficaces son todos estos medios, puedo abrazar gustoso cualquier otro recurso por el que me imponga el dominio sobre mí mismo y que me defienda contra esta debilidad.

La única dificultad, por consiguiente, es hallar este recurso por el que el hombre remedie su debilidad natural y se ponga bajo la necesidad de observar las leyes de la justicia y equidad»¹⁹⁷⁷.

Entre los contemporáneos, ha sido Garzón Valdés quien ha defendido este tipo de paternalismo en el que «se procura combatir la debilidad de la propia voluntad» cuando «el Estado interviene para impedir que con su comportamiento el individuo lesione intereses propios a los que reconoce como más importantes que los deseos que motivan su conducta actual»¹⁹⁷⁸.

Cuestión distinta es determinar si la amenaza de una pena puede servir para fortalecer una “voluntad débil”. El individuo que, a pesar de conocer lo que le interesa, no logra doblegar su debilidad y se desvía del compromiso de someterse a sus propios intereses, puede convencerse para actuar conforme a ellos por el miedo más inmediato y cierto de una sanción jurídica (quizás solo el reproche moral no sea lo suficientemente

¹⁹⁷⁷ HUME D., *Tratado de la naturaleza humana*, op. cit., pp. 466 y 467 [536 y 537].

¹⁹⁷⁸ GARZÓN VALDÉS E., “¿Es éticamente justificable el paternalismo?”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, Universidad de Alicante, 1988, p. 162. Una primera versión de este trabajo fue publicada, con el título “¿Es permisible el paternalismo ético?”, en *Revista Latinoamericana de Filosofía*, vol. XIII, núm. 3, Buenos Aires, 1987, pp. 279-298. Ha sido reeditado en GARZÓN VALDÉS E., *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 361-378; y, en versión inglesa, con el título “On Justifying Legal Paternalism?”, en *Ratio Juris*, núm. 3, 1990, pp. 173-184. Este trabajo de Garzón Valdés dio lugar a un interesante debate, sobre el concepto y justificación del paternalismo, con ATIENZA M., “Discutamos sobre paternalismo”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, Universidad de Alicante, 1988, pp. 203-214. Atienza criticaba a Garzón Valdés el empleo de un concepto demasiado restringido de paternalismo: por un lado, el filósofo argentino sólo haría mención a la intervención coactiva (descuidando otras formas no coactivas de paternalismo) y, por otro, definiría un paternalismo que sólo se ocupa de evitar daños (olvidando el paternalismo que busca asegurar beneficios, y que lo acercaría a la idea de perfeccionismo). La posterior réplica de Garzón Valdés a Manuel Atienza puede leerse en GARZÓN VALDÉS E., “Sigamos discutiendo sobre paternalismo”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, Universidad de Alicante, 1988, pp. 215-219.

“fuerte” para enderezar su “debilidad”). Los individuos involucrados pueden necesitar el uso de la fuerza para hacer efectivo su juicio o tomar conciencia de su propio interés. En estos casos,

«la fuerza no es usada para alcanzar un beneficio que no se reconoce como beneficioso por los sujetos afectados, sino porque es la única manera de alcanzar un beneficio que *es* reconocido como tal por los mismos afectados. Esta manera de ver las cosas nos proporciona otra caracterización del paternalismo en general. El paternalismo puede ser considerado como el uso de la coerción para lograr un bien no reconocido como tal por aquellas personas a cuyo bien se aspira»¹⁹⁷⁹.

Piénsese en el uso del cinturón de seguridad en los automóviles. Todos podemos reconocer las consecuencias nefastas de su desuso y las ventajas de usarlo correctamente. No es que los que deciden no abrochárselo no valoren su integridad física, sino que seguramente coloquen, quizá irracionalmente, algún otro bien o valor por encima de su propio bienestar físico; o, quizá, mientras reconocen el riesgo potencial de no usarlo, subestiman la posibilidad de que el peligro se materialice. Entonces sólo cuando la amenaza de sanción se haga inminente, muchos individuos decidirán abrocharse el cinturón. A pesar de las campañas de seguridad vial que buscan la concienciación y sensibilización de los ciudadanos, son las multas pecuniarias las que parecen lograr el efecto deseado¹⁹⁸⁰.

Conectando esta posibilidad de que el paternalismo sirviera para lograr el enderezamiento o fortalecimiento de una “voluntad débil”, conviene examinar un presupuesto que presidió la discusión sobre Mill y que ahora es apropiado retomar. Allí

¹⁹⁷⁹ DWORKIN G., *El paternalismo*, op. cit., p. 151. Que el presupuesto de la justificación ética del paternalismo sea hacer ver un beneficio a los individuos que ellos mismos no reconocen como tal, plantea problemas que fueron puestos de manifiesto por Manuel Atienza. Para Atienza la justificación ética del paternalismo exigiría entonces “como condición necesaria aunque no suficiente, que se trate de un bien objetivo. Esto significa aceptar no sólo que existe el bien en sentido objetivo, sino que además puede ser conocido, de manera que para poder articular una teoría justificatoria del paternalismo hay que sostener un cierto objetivismo -o absolutismo- ético, al igual que una concepción cognoscitivista de la ética”, ATIENZA M., *Discutamos sobre paternalismo*, op. cit., pp. 209-210.

¹⁹⁸⁰ Gerald Dworkin considera irracional este tipo de ponderación que hacemos los individuos: “Consideremos aquellos individuos que conocen los datos estadísticos sobre la posibilidad de ser dañados si no usan el cinturón de seguridad en los automóviles y que conocen la clase y la gravedad de los diversos daños. Ellos insisten que los inconvenientes que lleva aparejado estar permanentemente sujeto al cinturón para entrar y salir del automóvil supera, en su opinión, los riesgos que corren. En este caso, me inclino a pensar que tal ponderación es irracional. Dado que los planes de vida individuales que asumimos son los de una persona promedio con sus intereses y compromisos ya adquiridos, creo que es prudente predecir que podemos encontrar inconsistencias en algún punto de sus cálculos. Asumimos que éstas no son personas que por algunas razones conscientes o inconscientes tratan de dañarse a sí mismas; que no son personas que quieren precisamente vivir peligrosamente. Asumimos que son como nosotros en todos los aspectos relevantes, pero justamente ponen un valor negativo enormemente alto sobre los inconvenientes, uno de los cuales no parece comprensible o razonable”, DWORKIN G., *El paternalismo*, op. cit., p. 158.

tuvimos que asumir que podía trazarse una línea entre las acciones que son meramente autodegradantes y las acciones que afectan al bienestar de terceros. Y el principio del daño sólo limitaría las segundas. ¿Es esto realmente así? Mill era perfectamente consciente de las dificultades que planteaba su distinción, tan importante para el principio del daño que propuso, y él mismo se adelantó a las críticas que se le reprocharían:

«Muchos se niegan a admitir esta distinción que aquí señalamos entre la parte de la vida de una persona que a ella sólo se refiere a los demás. ¿Cómo (se pregunta) puede haber alguna parte de la conducta de un miembro de la sociedad que sea indiferente a los otros miembros? Ninguna persona es un ser enteramente aislado; es imposible que una persona haga nada serio o permanentemente perjudicial para sí, sin que el daño alcance por los menos a sus relaciones más próximas, y frecuentemente a las más lejanas (...). Si semejante conducta fuera muy frecuente, con dificultad se encontraría otra ofensa que mayor sangría produjera en la suma general del bien. Finalmente, si por sus vicios o locuras una persona no causa daño directo a los demás, es, no obstante (puede decirse), perjudicial por su ejemplo, y debe ser obligada a limitarse en beneficio de aquellos a quienes la visita o conocimiento de su conducta puede corromper o extraviar.

Y aun (se añadirá) si las consecuencias de la mala conducta pueden confinarse al individuo vicioso o irreflexivo, ¿debe la sociedad abandonar a su propia guía a aquellos que son manifiestamente incapaces para ello? (...). Si el juego, la embriaguez, la incontinencia, la ociosidad o la suciedad son tan perjudiciales para la felicidad y tan grandes obstáculos para el mejoramiento como muchos o los más de los actos prohibidos por la ley, ¿por qué (puede preguntarse) no trata la ley de reprimirlos también en la medida compatible con la práctica y las convenciones sociales? (...).

Admito plenamente que el mal que una persona se cause a sí misma puede afectar seriamente, a través de sus simpatías y de sus intereses, a aquellos estrechamente relacionados con ella, y en un menor grado, a la sociedad en general»¹⁹⁸¹.

John Stuart Mill describe aquí con claridad la pretensión (ilegítima, en su opinión) del paternalista: no se trata de negar un ámbito de actos que afectan sólo al individuo que los realiza, sino de afirmar que no está justificada la intervención en esa esfera privada del individuo para evitarle daños auto-infligidos, asegurarle cierto grado de bienestar o procurarle la felicidad. Se trata igualmente de la pretensión denunciada -y ya vista en páginas anteriores- por Wilhelm von Humboldt de incluir entre los fines de la acción estatal a la felicidad individual, o el *imperium paternale* criticado por Kant¹⁹⁸² o el riesgo

¹⁹⁸¹ MILL J.S., *Sobre la libertad*, op. cit., p. 186-188.

¹⁹⁸² Kant parte del principio de que “nadie me puede obligar a ser feliz a su modo (tal como él se imagina el bienestar de otros hombres), sino que es lícito a cada uno buscar su felicidad por el camino que mejor le parezca, siempre y cuando no cause perjuicio a la libertad de los demás para pretender un fin semejante, libertad que puede coexistir con la libertad de todos según una posible ley universal (esto es, coexistir con ese derecho del otro)”. La formulación de este principio busca evitar un gobierno paternalista (*imperium*

del despotismo benevolente en el que podría incurrir la democracia según auguraba Alexis de Tocqueville:

Por encima de la multitud de individuos «se alza un poder inmenso y tutelar que se encarga exclusivamente de que sean felices y de velar por su suerte. Es absoluto, minucioso, regular, previsor y benigno. Se asemejaría a la autoridad paterna si, como ella, tuviera por objeto preparar a los hombres para la edad viril; pero, por el contrario, no persigue más objeto que fijarlos irrevocablemente en la infancia; este poder quiere que los ciudadanos gocen, con tal de que no piensen sino en gozar. Se esfuerza con gusto en hacerlos felices, pero en esa tarea quiere ser el único agente y el juez exclusivo; provee medios a su seguridad, atiende y resuelve sus necesidades, pone al alcance sus placeres, conduce sus asuntos principales, dirige su industria, regula sus trasposos, divide sus herencias, ¿no podría librarles por entero de la molestia de pensar y del trabajo de vivir?

De este modo cada día se hace menos útil y más raro el uso del libre albedrío; el poder circunscribe así la acción de la voluntad a un espacio cada vez menor, y arrebatando poco a poco a cada ciudadano su propio uso (...).

Después de tomar de este modo uno tras otro a cada individuo en sus poderosas manos y de moldearlo a su gusto, el soberano extiende sus brazos sobre la sociedad entera; cubre su superficie con una malla de pequeñas reglas complicadas, minuciosas y uniformes, entre las que ni los espíritus más originales ni las almas más vigorosas son capaces de abrirse paso para emerger de la masa; no destruye las voluntades, las ablanda, las doblaba y las dirige; rara vez obliga a obrar, se opone constantemente a que se obre; no mata, impide nacer; no tiraniza, pero mortifica, reprime, enerva, apaga, embrutece y reduce al cabo a toda la nación a un rebaño de animales tímidos e industrioses cuyo pastor es el gobierno»¹⁹⁸³.

Difícilmente pueda pensarse en una conducta de un individuo que no pueda llegar a afectar, más o menos seriamente, los intereses de otros¹⁹⁸⁴. Frente a ello, alguien podría

paternale), “en el que los súbditos -como niños menores de edad, incapaces de distinguir lo que les es verdaderamente beneficioso o perjudicial- se ven obligados a comportarse de manera meramente pasiva, aguardando sin más del juicio del jefe del Estado cómo *deban* ser felices y esperando simplemente de su bondad que éste también quiera que lo sean, un gobierno así es el mayor despotismo imaginable”, KANT I., *En torno al tópico: eso vale para la teoría pero no sirve de nada en la práctica*, op. cit., pp. 274-275 [Ak. viii, 290-291].

¹⁹⁸³ TOCQUEVILLE A., *La democracia en América*, vol. II, op. cit., p. 405.

¹⁹⁸⁴ A pesar de los esfuerzos de Mill por distinguir entre la parte de la vida de una persona que sólo le afecta a él mismo y la que se refiere a los demás, parecería que tal distinción presenta amplias zonas de penumbra. Ya tuvimos ocasión de asistir a las réplicas que los críticos de Mill habían ofrecido sobre este punto en el capítulo dedicado al principio del daño. Sólo recordaré ahora que C.L. Ten, lo cito por todos los demás, afirmaba que la interpretación correcta de esta distinción de Mill es aquella que admite que toda conducta puede tener efectos en los demás, pero que es posible distinguir entre efectos ‘directos’ e ‘indirectos’. Efectivamente, Mill no sostenía que existiera un área de conducta humana totalmente inmune a los demás, pero sí una esfera “en la cual la sociedad, como distinta del individuo, no tiene, si acaso, más que un interés indirecto, comprensiva de toda aquella parte de la vida y conducta del individuo que no afecta más que a él mismo”. A juicio de C.L. Ten, una conducta tiene efectos indirectos sobre otros “si afecta su felicidad simplemente porque les desagrada, o la encuentran repugnante o inmoral”, TEN C.L., “Mill on Self-

afirmar que la distinción entre acciones “privadas” y acciones que ofenden la moral pública (por perjudicar a terceros o a la sociedad en su conjunto) es insostenible: todas las acciones pueden entonces tener consecuencias intersubjetivas incontroladas. Esto significaría que toda conducta podría ser evaluada, en principio, en función de si sus consecuencias son favorables o perjudiciales para cualquier tercero.

Una posible alternativa a esta conclusión inquietante consiste en recordar la idea, apuntada por Ronald Dworkin y Nozick, de establecer un límite o “restricciones indirectas a la acción” para la persecución de objetivos sociales colectivos. Pues «debemos distinguir los ‘derechos’ de la mayoría como tal, que no pueden contar como justificación para dejar de lado los derechos individuales»¹⁹⁸⁵. Porque un gobierno que haga profesión de reconocer los derechos individuales, de tomárselos en serio, «no debe definir los derechos de los ciudadanos de modo tal que queden aislados por supuestas razones del bien general»¹⁹⁸⁶.

Las *restricciones morales* de las que habla Nozick son concebidas como un derecho del individuo (de libertad negativa, si se prefiere): esto es, mi derecho se satisface porque los demás acatan la restricción de no interferirme en su ejercicio:

«Las restricciones indirectas expresan la inviolabilidad de otras personas. Pero ¿por qué no se puede infringir esta inviolabilidad por un bien social mayor? Cada uno de nosotros, individualmente, escogemos, algunas veces, padecer algún dolor o un sacrificio para obtener un beneficio mayor o para evitar un daño más grande (...). ¿Por qué no sostener, de forma similar, que ciertas personas tengan que soportar algunos costos que beneficien a otras personas en razón de un bien social superior?»¹⁹⁸⁷.

Y la respuesta de Nozick no se hace esperar: porque no hay ningún *bien social* superior a la existencia humana individual. No hay coste que sacrificar en beneficio de alguna *entidad social*, como ente todopoderoso y supraindividual, por encima de las entidades individuales que la integran. Que la *sociedad* saliera beneficiada por nuestro sacrificio carece de justificación, ¿cuál es esa *entidad social* o *Estado* que saldría beneficiado por el sacrificio de nuestros derechos?, ¿de verdad que esa entidad merece

Regarding Actions”, en *On Liberty* de J.S. Mill (*A Norton Critical Edition*), David Spitz (ed.), Norton & Company, New York, 1975, p. 241.

¹⁹⁸⁵ DWORKIN R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 289.

¹⁹⁸⁶ DWORKIN R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 302.

¹⁹⁸⁷ NOZICK R., *Anarquía, Estado y Utopía*, op. cit., p. 44. Estas “restricciones indirectas a la acción reflejan -según Nozick- el principio kantiano subyacente, de que los individuos son fines, no simplemente medios; no pueden ser sacrificados o usados, sin su consentimiento, para alcanzar otros fines. Los individuos son inviolables”, p. 43.

tanto la pena como para entregarle el beneficio de nuestra restricción de derechos? Nozick sostiene que «las restricciones morales indirectas sobre lo que podemos hacer reflejan el hecho de nuestras existencias separadas. Estas restricciones reflejan el hecho de que ningún acto moralmente compensador puede tener lugar entre nosotros». Y no puede tener lugar porque «no hay nada que moralmente prepondere sobre una de nuestras vidas en forma que conduzca a un bien *social* general superior». No habría ningún tipo de razón que justificara nuestro sacrificio en aras de una sociedad mejor. Lo único que hay son «diferentes individuos con vidas separadas y que, por tanto, ninguno puede ser sacrificado por los demás»¹⁹⁸⁸.

«Hay sólo personas individuales, diferentes personas individuales, con sus propias vidas individuales. Usar a uno de estos individuos en beneficio de otros es usarlo a él y beneficiar a otros. Nada más. Lo que ocurre es que algo se le hace a él por el bien de otros. Hablar de un bien social superior encubre esta situación (¿intencionalmente?). Usar a una persona en esta forma no respeta, ni toma en cuenta suficientemente, el hecho de que es una persona separada, que ésta es la única vida que tiene. Él no obtiene algún bien predominante por su sacrificio y nadie está facultado a forzarle a esto -menos aún, el Estado o el gobierno que reclama su obediencia (en tanto que los otros individuos no) y que, por tanto, tiene que ser escrupulosamente *neutral* entre sus ciudadanos»¹⁹⁸⁹.

La verdad básica de Nozick, como reconstruye Hart, es que «cada individuo es una persona independiente, y que su vida es la única vida que tiene para ser vivida. La noción de que una persona puede sufrir algún coste que beneficiaría a otros y que se represente ello como un ‘sacrificio’ es una idea falsa: no se puede decir que existe una entidad social única con una vida propia distinta a la de los individuos que la conforman, lo que implicaría que hay vidas y deseos individuales que son sólo parte de ella y pueden quedar sacrificados por el bien de los deseos de los otros»¹⁹⁹⁰. Esto significa que cuando el interés de un individuo está protegido por un derecho, este derecho no debe ser arrojado a la bolsa común de los deseos y preferencias de todos los miembros de la sociedad. Y ello para respetar «la igualdad moral de las personas», que consiste según Nagel, «en su misma demanda de no sufrir interferencias por parte de los otros», sin olvidar que «estas demandas no se combinan en absoluto. Deben respetarse en forma individual»¹⁹⁹¹. De

¹⁹⁸⁸ NOZICK R., *Anarquía, Estado y Utopía*, op. cit., p. 45.

¹⁹⁸⁹ NOZICK R., *Anarquía, Estado y Utopía*, op. cit., p. 45.

¹⁹⁹⁰ HART H.L.A., *Between Utility and Rights*, op. cit., p. 82.

¹⁹⁹¹ NAGEL T., *Ensayos sobre la vida humana*, op. cit., p. 193. Por lo tanto, “la igualdad moral de los derechos consiste en asignar a cada persona el mismo dominio de intereses con respecto al cual no pueda ser directamente interferido alguien más”, op. cit., p. 197.

este modo, los derechos individuales no deben, si es que se los reconoce seriamente como tales, ser considerados meros ítems a tener en cuenta en la estimación del bien común, sino valorados independientemente de éste y contrastados con él para sopesar su fuerza relativa. La estipulación de derechos individuales resguarda a ciertos intereses, que pueden ser minoritarios, contra la posibilidad de que puedan ser avasallados cada vez que se demuestre que la mayoría de la sociedad se vería beneficiada si esos intereses fueran frustrados.

Así las “restricciones” impiden que «se sacrifique una persona en beneficio de otra». Y menos aún, en beneficio de un supuesto ente abstracto como es la sociedad o el Estado. Lo que justifica que exista «una prohibición a la agresión paternalista: emplear la fuerza o amenazar con emplearla en beneficio de la persona contra la cual es esgrimida la fuerza». La justificación de la prohibición del paternalismo es precisamente esa: que sólo «hay distintos individuos, cada uno con una propia vida que vivir»¹⁹⁹². Y no hay Estado más importante, que pudiera exigir ese sacrificio, por encima de las vidas individuales de sus ciudadanos.

2. HART Y DEVLIN: UN PATERNALISMO CONFUSO A LA SOMBRA DE MILL.

En el marco de nuestra polémica, Hart criticó duramente a Patrick Devlin por mantener una postura que le llevaba a confundir el paternalismo jurídico, ya fuera físico o moral, y el moralismo legal. La postura del juez se basaba en que no puede sostenerse que el paternalismo jurídico sólo se extienda al bienestar físico de una persona sino que también debe alcanzar a su bienestar moral. Ya que «ni en la teoría ni en la práctica puede trazarse una línea entre la legislación que controla el bienestar físico del individuo y la legislación que controla su bienestar moral»¹⁹⁹³. Según Patrick Devlin, Hart acepta en su *Law, Liberty and Morality* el *paternalismo completo* ya que «nunca dice expresamente cuál es el uso del paternalismo por el que aboga y hay pasajes en el texto que sugieren que es del tipo más amplio»¹⁹⁹⁴.

¹⁹⁹² NOZICK R., *Anarquía, Estado y Utopía*, op. cit., p. 46.

¹⁹⁹³ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 186.

¹⁹⁹⁴ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 184. En línea similar también a De Páramo le pareció que “Hart acepta el principio paternalista (...) cuya formulación es más ambigua, aunque no se puede

Aunque el paternalismo y el moralismo son conceptos próximos, Hart está en lo cierto cuando señala que es un grave error confundirlos y señala que el propio John Stuart Mill «estaba al tanto de la diferencia entre ellos, pues al condenar la interferencia en la libertad individual, excepto para prevenir el daño a terceros, menciona los diferentes tipos de razones insuficientes que se han ofrecido para usar la coacción. Distingue ‘porque será mejor para él’ y ‘porque le hará más feliz’ de ‘porque según la opinión de otros sería lo correcto’»¹⁹⁹⁵. De este modo, aunque Hart no ahonda más en la distinción, puede decirse que la primera razón haría referencia al paternalismo, la segunda al perfeccionismo y la tercera se aplicaría al moralismo¹⁹⁹⁶.

Hart se esfuerza, por tanto, en diferenciar el problema del paternalismo del que plantea el perfeccionismo. A pesar de que ambos principios, paternalista y perfeccionista, se opongan al principio del daño de Mill, no se deben confundir. La acción paternalista se centra en la idea de evitar daños a un sujeto y su justificación pasaría por distinguir entre estos daños y los actos inmorales de los que trata de prevenir el perfeccionismo. Los tipos de daños que pretenden evitar uno y otro no son coincidentes: hay actos dañinos que no son inmorales (y son los que pretendería evitar el paternalismo) y actos inmorales que

identificar con el moralismo”. En realidad, “Hart está defendiendo una versión *débil* del paternalismo, en el cual la decisión del agente afectado no se manifiesta claramente voluntaria. La versión *fuerte* del paternalismo permite legislar contra la voluntad de una persona incluso si se ha manifestado con total libertad y con plena información. Mill aceptó un paternalismo débil al considerar que las personas podrían ser coaccionadas contra su voluntad si se demostraba su ignorancia acerca de un peligro evidente”, DE PÁRAMO J.R., *El moralismo legal contraataca*, op. cit., pp. 578 y 579, respect.

¹⁹⁹⁵ HART H.L.A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, op. cit., p. 122. Patrick Devlin afirma que, sin querer ser impertinente, “la argumentación de Hart habría sido más clara si hubiera dejado a Mill al margen. No gana nada citando a Mill como autoridad. Si obviamente Mill estaba equivocado en relación al paternalismo, ¿por qué habría de tener razón en lo relativo a la imposición de la moralidad? Sin duda, libre del influjo de Mill, Hart habría explicado con sus propias palabras y con su precisión habitual cómo definiría los límites de la esfera privada”, DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 183.

¹⁹⁹⁶ Patrick Devlin sostiene que la lectura de Mill que hace Hart está forzada ya que, en su opinión, “Mill especifica sus razones de forma acumulativa y no de forma alternativa”, DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 183. Mill trató de ilustrar que la intervención paternalista de la sociedad siempre es torcida con una serie de casos en los que una mayoría, con frecuencia imbuida de ciertas creencias religiosas, trata de imponer a otra minoría que se abstenga de realizar conductas que a ellos les desagradan. Los ejemplos que propone Mill, salvo la lucha contra la embriaguez prohibiendo la venta de bebidas alcohólicas, ilustran intervenciones torcidas porque, en realidad, no son paternalistas: el error, diría Mill, es ser tan ingenuo de creer que una vez aceptada la posibilidad de intervenir en la esfera privada de los individuos por su propio bien, la mayoría (el Estado) no aprovecharía esto para acabar con cualquier diversidad e imponer sólo un plan de vida o modelo de conducta. Para Mill, reconstruye Macario Alemany, “en todos estos casos, más que una intervención paternalista, que trata de proteger a los individuos de sí mismos, se constatan intervenciones perfeccionistas en la que se impone cierta concepción dominante de la moral social; pero lo importante a destacar es, según creo, que lo que John S. Mill pretende demostrar de esta manera no es que el perfeccionismo sea incompatible con la concepción liberal de la sociedad, lo cual da por sentado, sino que la aceptación del paternalismo, dadas las circunstancias de las sociedades modernas, inevitablemente da lugar a prácticas perfeccionistas”, ALEMANY M., *El Paternalismo jurídico*, op. cit., pp. 102 y 103.

no constituyen daño para el individuo (pero que el perfeccionismo se esforzaría en evitarlos)¹⁹⁹⁷.

Esta diferencia de matices permitió a Patrick Devlin retorcer el argumento de Hart y tergiversarlo para defender su postura, haciendo ver que Hart habría pasado del paternalismo físico al paternalismo moral y, de éste, sin solución de continuidad, al moralismo jurídico. Devlin sospecha que lo que realmente pretendió Hart es diferenciar entre moralismo legal y paternalismo, esto es, «entre el uso del Derecho para imponer la moralidad y su uso para obligar a un hombre a hacer lo que a él le beneficia moralmente»¹⁹⁹⁸. Pero esta diferenciación es, en su opinión, sencillamente inviable ya que «si es difícil trazar una línea entre el paternalismo físico y el moral, es imposible trazar una que tenga algún significado entre el paternalismo moral y la imposición de la moral. Una moralidad pública es necesaria para el paternalismo ya que, en caso contrario, sería imposible llegar a un juicio sobre lo que es moralmente bueno para el hombre. Por consiguiente, si la sociedad obliga a un hombre a actuar por su propio bien moral, está imponiendo la moral»¹⁹⁹⁹.

Recordemos que la reconstrucción del moralismo jurídico que mejor explica la posición de Patrick Devlin es la que lo pone en relación con la tesis de la desintegración de la sociedad. Se trata de imponer coactivamente la moral de una sociedad en la medida en que aquella se entiende como un conjunto de creencias y valores homogéneos que tienen un carácter constitutivo para esa sociedad. De tal manera que si se atentara o se

¹⁹⁹⁷ Sobre esta distinción entre actos dañinos y actos inmorales pero no dañinos, puede ser interesante volver al concepto, ya visto, de Joel Feinberg sobre el moralismo jurídico. El autor distinguía entre una concepción amplia y otra estrecha. De acuerdo con la concepción amplia, “puede ser moralmente legítimo para el Estado prohibir, por medio del Derecho penal, ciertos tipos de acciones que no causan daño ni ofenden a nadie, en razón de que tales acciones constituyen o causan males”. En esta concepción amplia, se reconocen toda una serie de razones de muy diverso tipo como apoyos para una prohibición penal (i.e., preservar una forma tradicional de vida, imponer la moralidad, evitar ganancias injustas y elevar o perfeccionar el carácter humano). De acuerdo con la concepción estrecha, el moralismo jurídico implica exclusivamente la imposición de la moral por el Derecho penal. El tipo de males que trata de evitar el moralista jurídico, en sentido estricto o estrecho, son las acciones que constituyen inmoralidades en sí mismas (o pecados), las cuales deben reprimirse aun cuando se lleven a cabo privadamente. Desde esta perspectiva, lo que tendrían en común el principio moralista y el principio paternalista es que ambos tratan de evitar males (convirtiéndolos en ilícitos jurídicos) que no suponen un daño a otros. Pero, a su vez, lo que diferenciaría a ambos sería que el paternalista trata de evitar que se afecten negativamente los intereses de una persona, mientras que para el moralista el acto debe evitarse con independencia de si afecta o no a los intereses de alguien. FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. IV: Harmless Wrongdoing, op. cit., pp. 3 y 20-25.

¹⁹⁹⁸ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 184.

¹⁹⁹⁹ DEVLIN P., *La imposición de la moral*, op. cit., p. 186.

perturbaran esos valores que conforman la moral social, lo que estaría en juego no es otra cosa que la propia existencia de la sociedad misma.

Partiendo de esta tesis indemostrable y asumida por necesidad (¿los ataques contra la moral de una sociedad conducen a su desintegración?), necesitó Devlin apelar a una noción de daño excesivamente amplia, en la que tuvo que dar cabida a los *daños morales* para que soportaran su concepto de sociedad como grupo que comparte una moral común. Lo que le arrastraría a la confusión entre paternalismo y moralismo. La admisión de los daños morales en la noción de daño conlleva a admitir que pueda existir un paternalismo de tipo moral. La estrategia argumentativa de Devlin en su discusión con Hart consistió precisamente en introducir junto al concepto de paternalismo *físico*, que trata de evitar daños físicos, este paternalismo *moral* que prevendría los daños morales. A juicio de Devlin, el primero es inescindible del segundo porque toda medida que se ocupe del bienestar de una persona no puede distinguir entre su bienestar físico y moral. Al Estado le preocupa tanto un tipo de bienestar como otro de sus ciudadanos. En consecuencia, la aceptación del paternalismo físico acarrea la aceptación del paternalismo moral y éste, a su vez, es indistinguible del moralismo jurídico: toda vez que la sociedad tiene un interés en mantener la salud no sólo física, sino también moral, de sus ciudadanos; y, a su vez, la salud moral evita la inmoralidad que arrastraría a la desintegración de la propia sociedad. Es innegable, diría Devlin, que la sociedad tiene un interés en su propia supervivencia y está justificado que evite, por todos los medios posibles, su desintegración. Y para mantener la buena salud moral de sus ciudadanos, evitando que con sus inmoralidades pudieran perturbar, a su vez, la salud moral de la entera sociedad, asegurándose así ésta su propia supervivencia pacífica, esta misma sociedad tiene a su disposición hasta el Derecho penal para protegerse de los ataques que hicieran peligrar su estabilidad.

A juicio de Joel Feinberg, el alegato de Devlin incurre en la incoherencia de «aceptar un concepto de daño moral que es un ‘daño’ en el mismo sentido en que una lesión física es un daño, excepto que el objeto del último es el cuerpo y el objeto del primero es el carácter»²⁰⁰⁰. A este respecto, le reprocha Joel Feinberg:

«El daño físico es, sin embargo, un perjuicio al interés de bienestar que, se presume, todas las personas normales tienen en el eficiente funcionamiento de sus cuerpos. En casi todos los casos, una persona sería obstaculizada en la persecución de su propio bien, sea el que éste sea, si su

²⁰⁰⁰ FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. IV: Harmless Wrongdoing, op. cit., p. 17.

cuerpo ya no funciona adecuadamente. El daño al carácter, por otro lado, no necesita ser un perjuicio para el interés de nadie, y cuando no lo es, no puede ser un daño»²⁰⁰¹.

La postura de Hart se basa en la necesidad de diferenciar con absoluta claridad las diferentes posibilidades (afectación a terceros, paternalismo jurídico y moralismo legal) con el fin de que los ejemplos que ilustran cada tipo de intervención estatal no confundan al individuo al valorar racionalmente la pertinencia de cada una de ellas. Hart señala que Mill «podría haber protestado tanto contra una política paternalista que supusiese usar el Derecho para proteger a una víctima que consiente un daño físico como protestó contra las leyes que se usaban para imponer solamente la moralidad positiva; pero eso no significaba que esas dos políticas fuesen idénticas»²⁰⁰². Así, mientras que Hart considera justificadas las intervenciones del Estado cuando se trata de la afectación a terceros porque «dañar a otros es algo que todavía puede tratar de prevenirse mediante el uso del Derecho penal, incluso cuando las víctimas consientan o asistan a los actos que son perjudiciales para ellos»²⁰⁰³, y considera que «el paternalismo -la protección de las personas de ellas mismas- es una política perfectamente coherente»²⁰⁰⁴, para el moralismo no encuentra una justificación plausible.

Tenemos así una diferencia importante entre las normas jurídicas paternalistas y las moralistas que hace hincapié en quién es el sujeto protegido. En el primer caso se protege la vida o la integridad física o psíquica de una persona concreta que probablemente se verá afectada de no mediar la norma jurídica que evite dicho daño, mientras que en el caso del moralismo lo que se intenta proteger es a la sociedad *per se* mediante la imposición de un principio moral. Esta distinción, en torno a quién es el sujeto que trata de salvaguardar las medidas paternalistas, obliga al paternalismo a prestar una especial atención a la figura del *incompetente básico* para poder justificar correctamente la intervención normativa del Estado por el bien del sujeto.

²⁰⁰¹ FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. IV: Harmless Wrongdoing, op. cit., p. 17.

²⁰⁰² HART H.L.A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, op. cit., p. 122.

²⁰⁰³ HART H.L.A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, op. cit., p. 124.

²⁰⁰⁴ HART H.L.A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, op. cit., p. 123.

2.1. El incompetente básico.

Fue el influyente trabajo de Ernesto Garzón Valdés *¿Es éticamente justificable el paternalismo?*, el que introdujo la noción del incompetente básico. El filósofo argentino sostenía que suele entenderse por paternalismo «la intervención coactiva en el comportamiento de una persona a fin de evitar que se dañe a sí misma»²⁰⁰⁵. A juicio de Garzón Valdés, el principio que enunciaría el paternalismo jurídico, y cuya aceptabilidad moral se cuestiona, adoptaría la siguiente forma:

«El paternalismo jurídico sostiene que siempre hay una buena razón a favor de una prohibición o de un mandato jurídico, impuesto también en contra de la voluntad del destinatario de esta prohibición o mandato, cuando ello es necesario para evitar un daño (físico, psíquico o económico) de la persona a la que se impone esa medida»²⁰⁰⁶.

Para Ernesto Garzón Valdés, el compromiso que exige el respeto a la autonomía individual junto con la constatación de que no se daña esa autonomía cuando una persona decide dañarse voluntariamente, hace que tengamos que justificar fehacientemente el consentimiento que esta persona otorga para legitimar la intervención paternalista. En estos casos en los que una persona decide auto-dañarse, el consentimiento que admita la intervención paternalista que evite el daño no puede ser dado, por definición, en el momento mismo en el que se plantea la intervención. Por ello debe tratarse o de un consentimiento expreso anterior, o de un consentimiento expresado en el futuro (es decir, si pasada la intervención, el sujeto afirmara que la hubiera consentido) o de un consentimiento hipotético (si pensamos que lo hubiera dado). Sin embargo, a la idea de apelar a un consentimiento expreso otorgado en el futuro como vía para justificar el paternalismo se le pueden dirigir dos importantes críticas: primero, que el consentimiento puede ser “fabricado” por el propio proceso paternalista y, segunda, que de no otorgarse el consentimiento en el futuro podría interpretarse como que «la persona en cuestión debe seguir siendo objeto de atención paternalista porque no comprende la bondad de la medida»²⁰⁰⁷. Es decir, todavía no es consciente de lo que le conviene y el Estado aún tiene que seguir ayudándole para hacérselo ver.

²⁰⁰⁵ GARZÓN VALDÉS E., *¿Es éticamente justificable el paternalismo?*, op. cit., p. 155.

²⁰⁰⁶ GARZÓN VALDÉS E., *¿Es éticamente justificable el paternalismo?*, op. cit., p. 156.

²⁰⁰⁷ GARZÓN VALDÉS E., *¿Es éticamente justificable el paternalismo?*, op. cit., p. 164.

Sin embargo, explica Garzón Valdés, el recurso al consentimiento parece apuntar hacia otra dirección: no sería el consentimiento *expreso* (pasado o futuro), sino el consentimiento *hipotético* el que tendría fuerza justificante. Este consentimiento hipotético sería una hipótesis de «racionalidad o de normalidad», de acuerdo con la cual «podría pensarse que la medida paternalista está justificada si toda persona racional podría estar de acuerdo con esta medida»²⁰⁰⁸.

Lo que este consentimiento hipotético revela, en opinión de Garzón Valdés, es que quien rechaza la medida «lo hace porque en ese momento no está en condiciones de comprender el alcance de la misma»²⁰⁰⁹, es decir, es un *incompetente*. De acuerdo con el iusfilósofo argentino por «competencia» debemos entender «la capacidad de una persona para hacer frente racionalmente o con una alta probabilidad de éxito a los desafíos o problemas con los que se enfrenta»²⁰¹⁰. Y carecer de esta competencia básica sería una condición necesaria aunque no suficiente para la justificación de medidas paternalistas. Al menos en los siguientes casos, señala Garzón Valdés, sería plausible detectar la falta de competencia básica en una persona:

«a) cuando ignora elementos relevantes de la situación en la que tiene que actuar (tal es el caso de quien desconoce los efectos de ciertos medicamentos o drogas o de quien se dispone a cruzar un puente y no sabe que está roto, para usar el ejemplo de Mill);

b) cuando su fuerza de voluntad es tan reducida o está tan afectada que no puede llevar a cabo sus propias decisiones (es el caso de Ulises, el de los alcohólicos y drogadictos que menciona el § 114 del Código Civil alemán, o el de la flaqueza del que hablaba Hume);

c) cuando sus facultades mentales están temporal o permanentemente reducidas (a estos casos se refieren las disposiciones jurídicas que prohíben los duelos, o las relacionadas con la curatela de los débiles mentales);

d) cuando actúa bajo compulsión (por ejemplo, bajo hipnosis o bajo amenazas);

e) cuando alguien que acepta la importancia de un determinado bien y no desea ponerlo en peligro, se niega a utilizar los medios necesarios para salvaguardarlo, pudiendo disponer fácilmente de

²⁰⁰⁸ GARZÓN VALDÉS E., *¿Es éticamente justificable el paternalismo?*, op. cit., p. 165.

²⁰⁰⁹ GARZÓN VALDÉS E., *¿Es éticamente justificable el paternalismo?*, op. cit., p. 165.

²⁰¹⁰ GARZÓN VALDÉS E., *¿Es éticamente justificable el paternalismo?*, op. cit., p. 165.

ellos (...). Es el caso de la obligación de los cinturones de seguridad en los automóviles y de los cascos de los motociclistas»²⁰¹¹.

Todas las personas que se hallen en alguna de estas categorías «serían incompetentes básicos» y sufrirán «un déficit con respecto a la generalidad de sus congéneres y en este sentido puede decirse que se encuentra en una situación de desigualdad negativa». Esta incompetencia puede ser permanente o temporal, sectorial o total²⁰¹².

Al ser la incompetencia básica sólo una condición necesaria de la justificación del paternalismo, junto a ella es preciso que la intervención tenga un interés benevolente «con miras a superar los inconvenientes que trae aparejada la incompetencia básica para el propio incompetente, es decir, procurar que no se dañe a sí mismo»²⁰¹³. Si este interés benevolente no está presente, entonces la medida paternalista sólo estaría sirviendo para instrumentalizar al incompetente básico. Una idea similar la encontramos en Joel Feinberg, cuando trata de argumentar a favor de un *paternalismo presumiblemente no censurable* que consistiría «en defender a personas relativamente desamparadas o vulnerables de daños externos, incluyendo daños provenientes de *otras* personas, cuando la parte protegida no ha consentido voluntariamente al riesgo, y haciendo esto en una manera análoga en su motivación y vigilancia a la de los padres protegiendo a sus hijos»²⁰¹⁴.

Estas dos condiciones, constatación de la incompetencia básica y que la medida se oriente a la superación del déficit creado por la incompetencia, son, concluye Garzón Valdés, necesarias y conjuntamente suficientes para la justificación del paternalismo:

«Las dos condiciones mencionadas son necesarias y su conjunción las transforma en suficientes. El razonamiento justificante de una medida paternalista tiene pues que partir de dos premisas, una de tipo empírico (la verificación de una incompetencia básica) y otra de tipo ético normativo (el déficit provocado por una incompetencia básica debe ser superado, justamente en aras de la autonomía y la igualdad)»²⁰¹⁵.

²⁰¹¹ GARZÓN VALDÉS E., *¿Es éticamente justificable el paternalismo?*, op. cit., p. 166.

²⁰¹² GARZÓN VALDÉS E., *¿Es éticamente justificable el paternalismo?*, op. cit., p. 166.

²⁰¹³ GARZÓN VALDÉS E., *¿Es éticamente justificable el paternalismo?*, op. cit., p. 167.

²⁰¹⁴ FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. III: Harm to Self, op. cit., p. 5.

²⁰¹⁵ GARZÓN VALDÉS E., *¿Es éticamente justificable el paternalismo?*, op. cit., p. 168.

El incompetente básico, para Hart, sería quien «puede hacer una elección u otorgar el consentimiento sin la adecuada reflexión o apreciación de las consecuencias; o persiguiendo simples deseos transitorios; o en situaciones difíciles en las que es muy probable que el juicio esté nublado; o bajo compulsión psicológica interna; o bajo un tipo de presión muy sutil por parte de otras personas como para ser susceptible de prueba ante un tribunal»²⁰¹⁶. En estos casos de lo que se trata es de no dejar al individuo en una situación de desamparo ante la imposibilidad de tomar elecciones racionales o de impedirle que, fruto de esa elección desatinada, se vea posibilidades futuras de elección. En última instancia, este paternalismo no sólo estaría tratando de evitar un daño o procurar un bien a una persona concreta, sino que intentaría proteger su futura autonomía. Es lo que Gerald Dworkin denominó el *consentimiento orientado hacia el futuro* basado en la «necesidad de preservar la libertad de la persona para realizar futuras elecciones», un principio que nos otorga razón suficiente para «justificar algunas interferencias paternalistas. El paternalismo está justificado -diría Dworkin- sólo para preservar un amplio campo de libertad para el individuo en cuestión»²⁰¹⁷.

²⁰¹⁶ HART H.L.A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, op. cit., pp. 123-124.

²⁰¹⁷ DWORKIN G., *El paternalismo*, op. cit., p. 155. Suele interpretarse que la vía seguida por Gerald Dworkin para delimitar un área de paternalismo justificado consiste en apelar a la noción de consentimiento futuro: el paternalismo estaría justificado en aquellos casos en los que sería plausible conseguir un consentimiento futuro (*future-oriented consent*) de los destinatarios de la medida, esto es, que con el paso del tiempo ellos aprobarían la intervención aunque en un momento inicial no hubieran otorgado su consentimiento a la misma. Gerald Dworkin parece referirse a distintas formas de “consentimiento” bajo la común denominación de “consentimiento orientado al futuro”: por un lado, esta expresión podría equivaler a la de un “consentimiento futuro real” (es decir, cuando alguien convalida en el futuro con su consentimiento la interferencia paternalista anterior); y, por otro lado, podría entenderse como un “consentimiento hipotético”, el cual, a su vez, podría ser “previsible”, a partir del conocimiento del plan de vida del sujeto tratado paternalistamente, o “hipotético racional”. Todas estas modalidades de consentimientos otorgados en el futuro convergen hacia el mismo problema: si no queremos caer en teorías ni generalizaciones vacuas, y teniendo sólo a nuestra disposición datos empíricos de cómo la gente vive y se comporta, ¿cómo se logra constatar, sin presión sobre el sujeto, que éste afirmará la medida en el futuro, evitando además que este “consentimiento posterior pudiera de alguna manera ser ‘fabricado’ por el proceso paternalista”? De este riesgo nos alerta GARZÓN VALDÉS E., *¿Es éticamente justificable el paternalismo?*, op. cit., p. 164. Para Macario Alemany, “la noción de consentimiento hipotético racional puede jugar un papel en la justificación del paternalismo en el nivel más abstracto: se trataría de determinar si individuos completamente racionales aceptarían la posibilidad de ser tratados paternalistamente o si, por el contrario, rechazarían esta posibilidad aun a costa de poder dañarse a sí mismos en el caso de encontrarse en alguna situación de incompetencia. En este nivel, consideraciones sobre el peligro que para la autonomía individual (entendida como la capacidad de dirigir nuestras propias vidas) puede suponer la admisión del paternalismo son pertinentes”, ALEMANY M., *El Paternalismo jurídico*, op. cit., p. 170.

3. NOZICK Y PARFIT: LA ESTRATEGÍA DE UN PATERNALISMO LIBERAL QUE MIRA AL FUTURO.

Poniendo el acento sobre el sujeto que resulta protegido por las medidas paternalistas, Mill precisamente basaba su rechazo del paternalismo en el estatus cualificado que esos sujetos tienen como jueces y evaluadores de su propio interés, bienestar o necesidades:

«Ni uno, ni varios individuos, están autorizados para decir a otra criatura humana de edad madura que no haga de su vida lo que más le convenga en vista de su propio beneficio. Ella es la persona más interesada en su propio bienestar: el interés que cualquier otra pueda tener en ello, excepto en casos de íntima adhesión personal, es insignificante comparado con el que él mismo tiene; el interés que la sociedad tiene por él (excepto en lo que toca a su conducta para con los demás), es fragmentario a la vez que indirecto, en tanto que el hombre o la mujer más vulgar tiene, respecto a sus propios sentimientos y circunstancias, medios de conocimiento que superan con mucho a los que puede tener a su disposición cualquier otra persona»²⁰¹⁸.

Frente al optimismo de Mill de que el hombre es el «juez supremo»²⁰¹⁹ de sus propios intereses y es el mejor guardián y conocedor del camino para lograr su propio bienestar, Hart, más comedido, advierte «un declive general de la creencia que el individuo conoce sus propios intereses mejor que nadie, y a un mayor conocimiento de un amplio abanico de factores que disminuyen la importancia asociada a una aparente libertad de elección o de consentimiento»²⁰²⁰.

El propio Hart, que se mostraba tan benévolo hacia Mill, se vio obligado a reconocer que éste habría dotado al individuo promedio con «demasiado de la psicología de un hombre de mediana edad cuyos deseos son relativamente fijos, que no es susceptible de ser estimulado artificialmente por influencias externas; que conoce lo que quiere y lo que le produce la satisfacción de su felicidad; y que persigue estas cosas cuando puede»²⁰²¹.

²⁰¹⁸ MILL J.S., *Sobre la libertad*, op. cit., pp. 180-181.

²⁰¹⁹ MILL J.S., *Sobre la libertad*, op. cit., p. 181.

²⁰²⁰ HART H.L.A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, op. cit., p. 123. Estas cautelas también le hicieron a David Lyons afirmar que “el argumento de Mill no es del todo convincente. En primer lugar, a menudo no sabemos en qué consiste nuestro interés, o por lo menos ignoramos qué medidas pueden favorecerlo o perjudicarlo. En segundo lugar, a veces conocemos el interés de los demás lo bastante como para ser capaces de protegerlo”, LYONS D., *Ética y Derecho*, op. cit., p. 173. También, entre nosotros, el profesor De Páramo consideró que Mill “dibuja un concepto demasiado optimista del desarrollo moral individual”, DE PÁRAMO J.R., *Tolerancia y liberalismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 75.

²⁰²¹ HART H.L.A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, op. cit., p. 126.

Cuando Mill manifiesta que «a la individualidad debe corresponder la parte de la vida en la que el individuo es el principal interesado»²⁰²² y que «el individuo no debe cuentas a la sociedad por sus actos, en cuanto éstos no se refieren a los intereses de ninguna otra persona, sino a él mismo»²⁰²³ nos está diciendo algo muy importante: que si la sociedad exhortara y advirtiera a un individuo para prevenirle de un daño, los errores que pudiera cometer este individuo si desatendiera tales consejos «están compensados con creces por el mal de permitir que los demás le impongan lo que ellos consideran beneficioso para él»²⁰²⁴. Al coaccionar a las personas en su propio bien se les niega su estatus como agentes autónomos. Ésta es la razón por la cual Mill se opone a la intervención paternalista de una forma tan firme y rotunda:

«El motivo para no intervenir, sino en beneficio de los demás, en los actos voluntarios de una persona, es el respeto a su libertad. Su voluntaria elección es garantía bastante de que lo que elige es deseable, o cuando menos soportable, para él, y su beneficio está, en general, mejor asegurado, dejándole procurarse sus propios medios para conseguirlo»²⁰²⁵.

La única excepción que Mill propone a su prohibición del paternalismo es en el supuesto en el que, de no mediar la intervención paternalista, el individuo dejara de ser libre: «El principio de libertad no puede exigir que una persona sea libre de no ser libre. No es libertad el poder renunciar a la libertad»²⁰²⁶. Para Mill el caso de la entrega voluntaria en esclavitud sí justificaría una intervención paternalista ya que, de lo contrario, se produciría la pérdida misma de la capacidad de elección. El fundamento de esta medida paternalista que prohibiría los contratos de esclavitud es evidente para Mill: «vendiéndose como esclavo abdica de su libertad; abandona todo el uso futuro de ella para después de este único acto. Destruye, por consiguiente, en su propio caso, la razón que justifica que se le permita disponer de sí mismo. Deja de ser libre; y, en adelante, su posición es tal que no admite en su favor la presunción de que permanece voluntariamente en ella»²⁰²⁷. Gerald Dworkin señalaba que la principal consideración para no permitir este

²⁰²² MILL J.S., *Sobre la libertad*, op. cit., p. 178.

²⁰²³ MILL J.S., *Sobre la libertad*, op. cit., p. 208.

²⁰²⁴ MILL J.S., *Sobre la libertad*, op. cit., p. 181.

²⁰²⁵ MILL J.S., *Sobre la libertad*, op. cit., p. 222.

²⁰²⁶ MILL J.S., *Sobre la libertad*, op. cit., p. 222.

²⁰²⁷ MILL J.S., *Sobre la libertad*, op. cit., p. 222. Vinit Haksar apoyó lo congruente del argumento de Mill: «La posición -dice Haksar- de que la sola evidencia de lo que es deseable para una persona se encuentra en sus elecciones voluntarias y deseos es bastante consistente con la posición según la cual en decidir lo que es deseable para una persona debemos tomar en cuenta no sólo sus deseos y elecciones presentes, sino también las futuras. Tales consideraciones ayudan a mostrar cómo Mill puede consistentemente permitir al Estado no reconocer ciertos contratos irreversibles (...). Ahora podemos ver que Mill no hace una excepción a su doctrina de la libertad cuando dice que el Estado debería rechazar reconocer contratos bajo

tipo de actos autolesivos o restrictivos de la libertad de uno mismo «es la necesidad de preservar la libertad de la persona para realizar futuras elecciones»²⁰²⁸. Para Dworkin se puede prohibir a la gente convertirse en esclavos para que sigan siendo capaces de definir el tipo de vida que quieran tener. Y ello porque incurriríamos en una contradicción si partiéramos de una idea de autonomía que nos dejara razonar del siguiente modo:

«Yo quiero ser de la clase de persona que actúa a la orden de otros. Yo me defino como un esclavo y asumo esas actitudes y preferencias. Mi autonomía consiste en ser un esclavo»²⁰²⁹.

Si este pensamiento fuera coherente, no se podría impedir la esclavitud voluntaria y, en consecuencia, sólo podríamos impedirla acudiendo a alguna idea de lo que es apropiado para otras personas, es decir, partiendo de un intento deliberado de imponer nuestra concepción de la autonomía sobre aquellos que desean renunciar a ella. Un paternalismo de este tipo también es defendido por Thomas Nagel:

«Puedo también estar de acuerdo en que, en ciertas condiciones, debo ser disuadido de dañarme a mí mismo de aquellas maneras, así como en que cualquier otro debe serlo también. Condiciones claras en este sentido son la locura o la perturbación grave, o la desinformación radical sobre los posibles resultados de lo que hago. El paternalismo se justifica en tales casos por cuanto la observación de los mismos desde fuera no permite encontrar ningún otro valor que compita con los de la salud, la vida y la seguridad»²⁰³⁰.

los cuales una persona voluntariamente se compromete a convertirse en esclavo. Para ver esto es necesario apreciar una importante distinción: 1) ¿debería el Estado facilitar a un individuo o grupo de individuos llevar a cabo sus planes, cuando tales planes no dañan a otros?; 2) ¿debería permitirse al Estado usar la coerción o la compulsión (por ejemplo, usando amenazas a través del Derecho penal) en un intento de impedir que tales planes sean llevados a cabo?”. En opinión de Haksar, el Estado no interfiere con la libertad al no validar los contratos de esclavitud y ello porque el Estado tienen que tomar en cuenta las hipotéticas elecciones futuras de sus ciudadanos. HAKSAR V., *Equality, Liberty, and Perfectionism*, op. cit., pp. 253 y ss.

²⁰²⁸ DWORKIN G., *El paternalismo*, op. cit., p. 155. También acudía Dworkin a consideraciones de terceras partes: pocos querrían vivir en una sociedad donde se ha de perseguir a esclavos fugados para devolverlos a sus dueños. Dworkin justifica el rechazo de los contratos de esclavitud en base al valor mismo de la autonomía individual; entendiendo por autonomía “la capacidad de los individuos para reflexionar críticamente sobre -y tomar responsabilidad de- la clase de persona que quieren ser”, DWORKIN G., *Some Second Thoughts*, op. cit., p. 111.

²⁰²⁹ DWORKIN G., *Some Second Thoughts*, op. cit., p. 111.

²⁰³⁰ NAGEL T., *Conflicto Moral y Legitimidad Política*, op. cit., p. 94. Una postura similar la encontramos en Joel Feinberg, quien se opone a los contratos de esclavitud basando su rechazo en lo costoso que resultaría determinar la voluntad de quién decidiera someterse a ellos. Para Feinberg, la máquina legal que pudiera esclarecer si la decisión del esclavo fue verdaderamente libre para entregarse en esclavitud, podría ser tan molesta y cara que convertiría a dichos contratos en irrealizables. Según Feinberg se podría constatar la dificultad y tedio de tener que hacer esa comprobación: recorriendo el camino “desde la obvia permisibilidad de renunciaciones limitadas a la libertad a la permisibilidad, en principio, de pérdidas incluso extremas, excepto que en el caso de la esclavitud las ‘necesidades de la vida’ -complicaciones administrativas en determinar la voluntariedad, elevados costos, etc.- la prohíben”, FEINBERG J., *Legal Paternalism*, op. cit., p. 14.

El filósofo oxoniense Derek Parfit ha intentado articular, en el marco de su teoría de la *identidad personal*²⁰³¹, un paternalismo respetuoso con esta idea de preservar la autonomía futura. Para Parfit «somos paternalistas cuando hacemos que alguien actúe a favor de sus intereses». Entonces estaríamos justificando el paternalismo, que «implica coacción o la violación de la autonomía de alguien», cuando queremos «evitar que esta persona actúe irracionalmente», esto es, en contra de sus propios intereses. La persona a la que coaccionamos podría decir, en palabras de Parfit:

«Puedo estar actuando irracionalmente, pero, aun así, esto es asunto mío. Si me estoy haciendo daño sólo a mí mismo, tengo el derecho de actuar irracionalmente, y tú no tienes derecho a detenerme»²⁰³².

El paternalismo de Parfit no nos otorga un supuesto «derecho general de evitar que la gente actúe *irracionalmente*», pero sí sugiere el tentativo «derecho general de evitar que la gente actúe *incorrectamente*». Podríamos pensar que «a menudo sería nuestro deber evitar que los demás hagan lo que es gravemente incorrecto», esto es, «debemos pensar que deberíamos evitar la imprudencia aunque ello implique coacción»²⁰³³.

Es el hecho de querer proteger nuestra identidad (que podamos seguir siendo el que ahora somos) lo que «nos da razones para preocuparnos por nuestro futuro»²⁰³⁴. Y añade Parfit: «la mayoría de nosotros creemos que deberíamos preocuparnos por nuestro futuro porque será *nuestro* futuro»²⁰³⁵. Bajo esta preocupación y aquél supuesto derecho de evitar que otros se pongan en situaciones *incorrectas* o *imprudentes* que menoscaben su identidad futura, Derek Parfit ensayó justificaciones de un tipo de paternalismo como intentos de proteger el *yo* futuro del individuo contra actos lesivos de su *yo* presente:

²⁰³¹ Dicho de modo rápido y sin hacer justicia a la extensión y profundidad con la que expone Parfit su teoría, la *identidad personal* explicaría “la relación entre una persona en un momento del tiempo y otra persona en otro momento, que hace de ellas una y la misma persona”. Parfit pretende superar la respuesta tradicional del criterio corporal para poder decir que estamos ante la *misma* persona: “lo que me hace ser el mismo, a lo largo de mi vida, es el tener un mismo cuerpo. Este criterio requiere una continuidad corporal ininterrumpida”. Entonces, se pregunta Parfit, “¿Qué es lo que hace que pensamientos y experiencias, tenidos en diferentes momentos, sean los pensamientos y experiencias de una misma persona?” y concluye: “la identidad personal a lo largo del tiempo consiste simplemente en la continuidad física y/o psicológica”, PARFIT D., *Personas, racionalidad y tiempo*, trad. de José Óscar Benito Vicente y pról. a la ed. española de Manuel Cruz, Síntesis, Madrid, 2004, pp. 95 y 99.

²⁰³² PARFIT D., *Reasons and Persons*, Clarendon Press, Oxford, 1984. Cito por la traducción al castellano y estud. introd. de Mariano Rodríguez González, *Razones y Personas*, Mínimo Tránsito - Antonio Machado Libros, Madrid, 2004, p. 559.

²⁰³³ PARFIT D., *Razones y Personas*, op. cit., p. 560.

²⁰³⁴ PARFIT D., *Personas, racionalidad y tiempo*, op. cit., p. 107.

²⁰³⁵ PARFIT D., *Personas, racionalidad y tiempo*, op. cit., p. 112.

«La autonomía no incluye el derecho a imponerse a sí mismo, por ninguna razón válida, un gran daño. Debemos evitar que nadie haga a su yo futuro lo que sería incorrecto hacer a otras personas»²⁰³⁶.

Este tipo de paternalismo podría justificarse en una sociedad liberal si se ejerciera, por ejemplo, a través de lo que Nozick llamó *asociaciones estables* que actúan libremente en el seno de aquella. Es decir, comunidades en las que los individuos tienen plena libertad de ingreso y salida con el mínimo costo posible. En estas sociedades existiría

«una amplia y diversa clase de comunidades en las cuales las personas pueden entrar si son admitidas, partir si lo desean, moldearla de conformidad con sus deseos; una sociedad en la que se puede ensayar, se pueden vivir estilos de vida diferentes y diversas concepciones del bien se pueden seguir individual o colectivamente»²⁰³⁷.

Robert Nozick desarrolla la idea de que una sociedad liberal puede servir de “marco para la utopía”, o sea, puede ofrecer una estructura básica dentro de la cual diferentes grupos de individuos pueden ensayar formas de materializar sus distintas visiones de una sociedad perfecta. Ese *marco* se define y se justifica del siguiente modo:

«Las personas son diferentes. Difieren en temperamento, en intereses, capacidad intelectual, aspiraciones, tendencia natural, especulaciones y la clase de vida que desean seguir. Las personas divergen en los valores que tienen y atribuyen diferentes pesos a los valores que comparten (...). No hay ninguna razón para pensar que *hay* una sola comunidad que sirva como ideal para todas las personas (...).

Para cada persona hay una clase de vida que efectivamente es la mejor para ella (...). Las personas son diferentes, de forma que *no* hay una clase de vida que objetivamente sea mejor para cada una y (...) las diversas clases de vida son tan diferentes que *no* hay una clase de comunidad (satisfaciendo ciertas restricciones) que objetivamente sea la mejor para cada uno»²⁰³⁸.

Una de las causas más relevantes de tensiones sociales es el intento de muchos de imponer a los demás un modelo de sociedad que materialice su concepción de vida buena. Esas tensiones podrían reducirse si los intentos en cuestión se canalizaran a través de estas *comunidades* de individuos que compartieran los mismos ideales. Pero nos olvidamos que «cada individuo decide vivir en la comunidad real que se acerca más a realizar lo que es más importante para él». Pero ninguna cubrirá, por sí sola, el amplio espectro de cosas importantes que cada individuo busca satisfacer con la asociación. Y ello «porque las

²⁰³⁶ PARFIT D., *Razones y Personas*, op. cit., p. 560.

²⁰³⁷ NOZICK R., *Anarquía, Estado y Utopía*, op. cit., p. 295.

²⁰³⁸ NOZICK R., *Anarquía, Estado y Utopía*, op. cit., p. 298.

personas están en desacuerdo sobre sus valores y el peso que les atribuyen. Así, no habrá manera de satisfacer todos los valores de más de una persona, si únicamente *un* solo grupo de valores puede ser satisfecho». Pero

«Si hay una clase diversa de comunidades, entonces más personas estarán en posibilidades de adecuarse a como desean vivir, que si hubiera sólo una clase de comunidad»²⁰³⁹.

Algunos podrían pensar que esas comunidades podrían coincidir con los Estados, y así tratar de justificar su intento de imponer su visión de la sociedad perfecta sobre toda la población de cierto país; basándose en que ese país debería servir de testimonio de una forma de vida que le es inherente. Pero esa no es la función del *marco* propuesto o, cuanto menos, es una visión distorsionada de él:

«No habrá *una* sola clase de comunidad que exista ni sólo una clase de vida llevada en la utopía. La utopía consistirá en utopías, en muchas comunidades diversas y divergentes en las cuales las personas llevan diferentes clases de vida (...). La utopía es un *marco* para las utopías, un lugar donde las personas están en libertad de unirse voluntariamente para perseguir y tratar de realizar su propia concepción de la vida buena en la comunidad ideal, pero donde ninguno puede *imponer* su propia visión utópica sobre los demás (...)»²⁰⁴⁰.

Por eso los Estados Nacionales no constituyen el ámbito más adecuado para ensayar modelos de vida uniformes, ya que, entre otras cosas, no consisten en esas asociaciones voluntarias con reducidos costes de entrada y salida de él²⁰⁴¹. El Estado sólo debería hacer de *marco* para que se ensayen esos modelos de vida, pero sin que ese *marco* se convierta en un encorsetamiento para las comunidades insertas en él. Esas comunidades, que no disponen del monopolio coactivo de la fuerza característico del Estado, podrían ser compatibles con el principio de autonomía en la medida en que sus miembros no sean indebidamente adoctrinados y tuvieran plena conciencia de la existencia de otras alternativas. Es decir, las *comunidades voluntarias* no se pueden convertir en *comunidades totales*:

²⁰³⁹ NOZICK R., *Anarquía, Estado y Utopía*, op. cit., p. 297.

²⁰⁴⁰ NOZICK R., *Anarquía, Estado y Utopía*, op. cit., p. 300.

²⁰⁴¹ La diferencia entre una nación y una comunidad reside en que “en una nación, se sabe que hay individuos inconformes, pero no se necesita confrontar estos individuos o el hecho de su disconformidad. Aun si se encuentra ofensivo que otros no se conformen, aun sin saber que existen inconformes irrita y hace sentirse infeliz, esto no constituye ser agraviado por los otros ni que los derechos de uno sean violados, mientras que en una comunidad uno no puede evitar confrontar directamente lo que encuentra ofensivo”, NOZICK R., *Anarquía, Estado y Utopía*, op. cit., pp. 309 y 310.

«No es necesario decir que cualquier persona puede tratar de unir espíritus afines, pero, cualesquiera que sean sus esperanzas y anhelos, ninguno tiene el derecho de imponer su visión de unidad sobre el resto»²⁰⁴².

4. CONSENTIMIENTO Y PUESTA EN RIESGO.

Todos sabemos que existen actividades temerarias sobre las que somos propensos a hacer caso omiso de los peligros eventuales que entraña su práctica, y que a menudo el placer que nos provoca llevarlas a cabo eclipsa los riesgos que conlleva su desarrollo. Si, dadas las circunstancias, el peligro de estas actividades fuera tan evidente, parecería adecuado conceder al Estado un cierto grado de poder para intervenir en tales situaciones en las que el individuo decide voluntariamente ponerse en riesgo²⁰⁴³.

La dificultad que tal intervención estatal plantea es que no puede excluir por completo ciertas actividades peligrosas o de aventura (como el alpinismo, el toreo o los deportes automovilísticos de carrera). Una legislación paternalista que limitara estas actividades, reconstruye Sandel para criticar a los liberales, «violaría el derecho del individuo a decidir los riesgos que quiere correr. Mientras no haya terceros que salgan perjudicados -argumentarían los liberales-, el Estado no tiene derecho a dictar qué riesgos pueden correr con sus cuerpos y vidas»²⁰⁴⁴. Como dice Gerald Dworkin, «hay algunos riesgos -incluso muy grandes- que la gente tiene derecho a asumir en sus vidas»²⁰⁴⁵.

Se trata de inmiscuirse en actividades de los individuos que entendemos que son arriesgadas e, incluso, que le son perjudiciales. Pero «cuando personas que no son incompetentes asumen tales riesgos, debemos suponer que lo hacen por una razón que

²⁰⁴² NOZICK R., *Anarquía, Estado y Utopía*, op. cit., p. 312.

²⁰⁴³ Otro problema conexo, pero del que aquí no nos ocuparemos, es la polémica en torno a si el Estado debería hacerse cargo del rescate o auxilio de quién sufre un daño o lesión en el desarrollo de una actividad peligrosa, sabiendo que lo era y decidió consciente y voluntariamente llevarla a cabo.

²⁰⁴⁴ SANDEL M., *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, op. cit., p. 73.

²⁰⁴⁵ DWORKIN G., *El paternalismo*, op. cit., p. 160. Para Gerald Dworkin, la naturaleza de la privación depende de “cuán importante para la naturaleza de la actividad es la ausencia de la restricción cuando ésta es sopesada en relación al papel que la actividad desempeña en la vida de las personas. En el caso de los cinturones de seguridad de los automóviles, por ejemplo, la restricción es trivial por naturaleza, y no interfiere en absoluto en el uso o disfrute de la actividad; y por cierto reduce considerablemente el alto riesgo de un daño grave. Por otro lado, declarando ilegal escalar montañas se impide de una manera absoluta que la gente se vincule a una actividad que puede desempeñar un papel importante en sus vidas y en sus propias concepciones acerca de su personalidad”, p. 160.

estiman suficiente»²⁰⁴⁶. Si menospreciamos sus razones, los individuos «pasan a convertirse en meros objetos que deben ser manipulados para cumplir unos planes de ingeniería social. Sin embargo, cuando respetamos su capacidad de regirse a sí mismos, nos comprometemos a respetar sus decisiones. Y ello significa castigarlos sólo cuando son dueños de su conducta. También implica aceptar que son capaces de decidir lo mejor para sí mismos»²⁰⁴⁷. Sobre estos «aventureros románticos» que serían «irrazonables por convicción» ha dicho Macario Alemany:

«La cuestión es si juzgamos la irrazonabilidad de un individuo a partir de nuestros valores o de los suyos. Si una persona asume un riesgo tan alto que creemos que es irrazonable, bien pudiera ser que en ese momento su juicio está perturbado y su decisión no sea completamente voluntaria, pero también es posible que la decisión no sea irrazonable de acuerdo a sus propios valores»²⁰⁴⁸.

La respuesta del Estado para justificar un paternalismo de este tipo estribaría, no en su afán perfeccionista de querer alejar de los individuos modelos de vida inidóneos, sino en «evitar la situación de quien irreflexivamente, o por debilidad de la voluntad, se embarca en un comportamiento que él mismo, en un juicio meditado, descartaría como contrario a lo que él considera sus intereses más importantes»²⁰⁴⁹. Al interferir en las acciones de tales personas «estamos haciendo efectivo aquello que ellos harían si fueran completamente racionales»²⁰⁵⁰. Gerald Dworkin pretende justificar así la extensión del paternalismo sobre individuos que, aun siendo biológicamente adultos, resultan inmaduros para dirigir algunos aspectos de sus vidas y, en consecuencia, requieren un tratamiento análogo a los menores de edad. Para Dworkin:

«La noción básica de consentimiento es importante, y me parece la única manera aceptable de tratar de delimitar un área de paternalismo justificado»²⁰⁵¹.

De esta manera, tener un conocimiento formado del riesgo que la actividad entraña (no ser ante ella un ‘incompetente básico’) y consentimiento (voluntad manifiesta y manifestada, clara e inequívocamente) se convertirían en los elementos necesarios y suficientes para negar la intervención paternalista aquí discutida. No nos estamos refiriendo ahora, claro está, a aquellas medidas benevolentes que se dirigen a proteger el

²⁰⁴⁶ LYONS D., *Ética y Derecho*, op. cit., p. 176.

²⁰⁴⁷ LYONS D., *Ética y Derecho*, op. cit., p. 178.

²⁰⁴⁸ ALEMANY M., *El Paternalismo jurídico*, op. cit., p. 225.

²⁰⁴⁹ COLOMER J.L., *Libertad individual y límites del Derecho*, op. cit., p. 199.

²⁰⁵⁰ DWORKIN G., *El paternalismo*, op. cit., p. 156.

²⁰⁵¹ DWORKIN G., *El paternalismo*, op. cit., p. 156.

interés de personas sobre el presupuesto de su inmadurez, ignorancia o incompetencia. Ninguna filosofía política ha rechazado este tipo de paternalismo sobre el sujeto que no puede valerse por sí mismo y todas ellas, en mayor o menor grado, han admitido cierto ámbito de paternalismo justificado en relación con los menores de edad, los adolescentes, los discapacitados y, en general, sobre adultos claramente incapaces. Las dificultades llegan cuando «las acciones son realizadas por individuos competentes que responsablemente consienten la realización de determinada acción, aun cuando ésta signifique un daño o sacrificio: el suicida, el que acepta un riesgo en aras de su propio placer o el que arriesga su vida por los demás. En estos casos el paternalismo es injustificado»²⁰⁵².

Como asevera Ronald Dworkin, «la aceptación del paternalismo es genuina sólo cuando es ella misma parte del ejercicio del sujeto, no el resultado de bombardear en su cerebro los pensamientos de otra persona»²⁰⁵³. Cuando el consentimiento a una acción peligrosa es muy extraño y pudiéramos pensar que difícilmente se hubiera prestado si no hubiera sido por ignorancia, bajo presión o por deficiencias psicológicas, parecería que la estrategia del paternalista pasaría por elevar los estándares que permitieran comprobar que el consentimiento fue válidamente prestado, presumiendo que en la práctica el consentimiento a una actividad de riesgo nunca es suficientemente voluntario o que requiere un *plus* de contundencia para quedar validado. Distintas tácticas sugiere Joel Feinberg para lograr un consentimiento más blindado y garantizado que autorizara ponerse en riesgo:

- «1) Se justifica de todas formas la prohibición total porque es mejor que unos pocos sufran la injusticia a que la sufran una mayoría (como resultado de la permisión total) o que se asuman los elevados costes de considerar caso por caso la suficiente voluntariedad del consentimiento.
- 2) Poner en funcionamiento “departamentos de equidad” que pudieran considerar apelaciones basadas en circunstancias especiales.
- 3) Establecer tribunales para determinar la voluntariedad de acuerdos específicos antes de otorgar licencias.

²⁰⁵² VÁZQUEZ R., *Educación Liberal. Un enfoque igualitario y democrático*, op. cit., p. 153.

²⁰⁵³ DWORKIN R., *Ética privada e igualitarismo político*, op. cit., p. 145.

4) Establecer la completa permisión pero sólo después de garantizar una completa educación sobre riesgos, impartida directamente por el Estado o a través de agencias privadas autorizadas, y, quizás, otros mecanismos como asesoramiento obligatorio, exámenes, etc.»²⁰⁵⁴.

La posición de Feinberg es que los costes y dificultades prácticas de estos mecanismos aconsejarían, como regla general, prohibir ciertas actividades peligrosas presumiendo su no voluntariedad. También Nozick ha prestado especial atención al elemento del consentimiento como razón que justifica limitar que otros nos hagan ciertas cosas que entrañan riesgo:

«Una persona, voy a suponer, puede decidir hacerse a sí misma cosas que traspasarían los límites que rodean al espacio moral de su persona si fueran hechas por cualquier otra sin su consentimiento. Igualmente, puede dar permiso a otro para hacerle estas cosas. El consentimiento voluntario abre la frontera para cruzar (...). Mi posición no paternalista sostiene que alguno puede decidir (o permitir a otro) hacerse a sí mismo *cualquier cosa*, salvo que haya adquirido la obligación ante cualquier tercero de no hacerlo o no permitirlo»²⁰⁵⁵.

Pero aun justificando este tipo de legislación paternalista, «debe recaer una carga de la prueba sobre las autoridades que demuestre la naturaleza exacta de los efectos dañinos (o de las consecuencias beneficiosas) que han de ser evitados (o alcanzadas), y la probabilidad que se consiga». Y antes de acudir al expediente legislativo, «si existe una manera alternativa de lograr los fines deseados sin restringir la libertad (...) la sociedad debe adoptarla»²⁰⁵⁶.

Una característica importante de estas conductas sobre las que recaen las medidas paternalistas de las que hablamos es que se trata, presumiblemente, de una faceta valorada por el agente como parte importante del plan de vida que ha elegido. Si la actividad en cuestión fuera trivial o poco significativa para el propio agente, bastaría con que se demostrase que ella está asociada de algún modo, aunque fuera remoto, con un perjuicio a terceros para que la interferencia sobre ella estuviera justificada.

Debemos tomar en cuenta cuán intensamente el sujeto valora tal acción como parte importante de su plan de vida²⁰⁵⁷. Una conducta debe estar exenta de toda

²⁰⁵⁴ FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. III: Harm to Self, op. cit., pp. 174-175.

²⁰⁵⁵ NOZICK R., *Anarquía, Estado y Utopía*, op. cit., p. 67.

²⁰⁵⁶ DWORKIN G., *El paternalismo*, op. cit., p. 161.

²⁰⁵⁷ Una aproximación plausible para determinar cuán importante es un componente para el éxito del plan de vida de un individuo es la propuesta de Joel Feinberg de distinguir entre *intereses de bienestar* e *intereses ulteriores*. Los intereses ulteriores vendrían constituidos por los objetivos y aspiraciones últimos: por ejemplo, escribir una novela, lograr la fama o hacer una tesis doctoral. Los intereses de bienestar son los medios para lograr cualesquiera objetivos ulteriores: por ejemplo, el interés de gozar de buena salud. Si

interferencia estatal cuando ella es susceptible de ser valorada por el propio agente como relevante para su plan de vida libremente elegido y no implica un riesgo apreciable de generar perjuicios relativamente serios a intereses legítimos de terceros. No incluyéndose entre esos intereses las meras preferencias de los demás acerca del modo de vida que el agente debería adoptar.

En especial, no es computable el perjuicio que resulta de la frustración de preferencias de los demás acerca del modo de vida que el agente debería llevar. Esta condición deriva de dar primacía a las preferencias del propio agente acerca de su modo de vida sobre las preferencias que los demás pudieran tener acerca de cómo él debería vivir. Si tales preferencias de los demás fueran en sí mismas relevantes, y si su frustración contara como un daño a terceros, el principio de autonomía resultaría vacuo y carente de sentido. En definitiva, no existe un supuesto derecho de los otros a decirnos cómo debemos vivir.

Justificar un paternalismo extremo o excesivo implicaría, a mi juicio, tener que asumir, al menos, tres consecuencias difíciles de aceptar. Primera, habría que suponer -rechazando a Mill- que el Estado es quién mejor conoce nuestros intereses y sabe lo que más nos conviene. Segunda, el paternalismo podría desembocar en una sociedad atrofiada, empequeñecida e infantilizada -como alertaron Kant y Tocqueville-, en la que el Estado, como padre con sus hijos, protege a sus ciudadanos con cuidados y medidas paternales en lugar de que sean ellos mismos los que asuman los riesgos y responsabilidades de sus actos y dirijan autónomamente sus vidas. Y ya sabemos que «el valor de un Estado, a la larga, es el valor de los individuos que lo componen» y que «un Estado que empequeñece a sus hombres, a fin de que puedan ser más dóciles instrumentos en sus manos, aun cuando sea para fines beneficiosos, hallará que con hombres pequeños ninguna cosa grande puede ser realizada»²⁰⁵⁸. Y tercera, y puestos a restringir y vetar, el Estado puede entrar en una espiral de prohibiciones sin saber cuál es su límite, no diferenciando entre el paternalismo que busca el bien de sus ciudadanos y una sociedad

fueran perjudicados estos intereses de bienestar la persona se verá seriamente dañada, pues también sus aspiraciones últimas se verán notablemente frustradas: “con respecto a los intereses de bienestar -señala Feinberg- estamos inclinados a decir que lo que los promueve es bueno para una persona en cualquier caso, sean cuales sean sus creencias y deseos. El interés de una persona en la salud, por ejemplo, sería de hecho uno de sus intereses, incluso si erróneamente creía lo contrario, e incluso si deseaba mala salud y deterioro en lugar de buena salud y vitalidad (...). Los intereses de bienestar normalmente logran su estatus como intereses en virtud de ser medios generalizados, con frecuencia indispensables, para el avance de intereses ulteriores”, FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. I: Harm to Others, op. cit., p. 42.

²⁰⁵⁸ MILL J.S., *Sobre la libertad*, op. cit., pp. 241 y 242.

ideológicamente autoritaria que busca imponer su idea de bien. Entre proteger la salud moral de los individuos (paternalismo) y proteger a la sociedad de los ataques contra su moral colectiva sólo hay un paso: el de un Estado tiránico y absoluto, donde ya no queda espacio ni para proteger a ningún individuo ni existe ninguna moralidad.

COMUNITARISMO

1. INTRODUCCIÓN.

En la polémica liberal-comunitarista, y en el valor e importancia que éstos últimos conceden a la comunidad, resuenan con fuerza, aunque con nuevas vestiduras, los argumentos del moralismo legal. La crítica comunitarista habría puesto de manifiesto las insuficiencias del programa liberal y su incapacidad para explicar el importante papel que cumple la historia y las tradiciones tanto en nuestra constitución moral como personas como en nuestra convivencia en sociedad. Una variedad de autores, desde distintos presupuestos, metodologías y enfoques, han criticado el excesivo entusiasmo de los liberales por las teorías del individualismo y la defensa a ultranza de una esfera privada sin injerencias estatales. Frente a ellos, los comunitaristas habrían apostado por una revitalización de los valores de la comunidad, por la vida en el espacio público en vez del retiro a lo privado, por la importancia de una moral social homogénea frente a la moral como asunto meramente personal, por el papel activo del Estado en temas de virtud cívica, educación y excelencia personal más allá de la pretendida neutralidad liberal.

Quizás el comunitarismo no sea un movimiento metodológicamente coherente y homogéneo, y dentro de él encontraremos una pluralidad de autores que desde posiciones bien distintas lo único que les ha unido bajo la misma etiqueta ha sido la crítica a los postulados teóricos del liberalismo. A finales de los años setenta y en los ochenta, llegando sus ecos hasta la actualidad, se emprende todo un movimiento de ataque frente al constructivismo kantiano y contra los desvaríos a los que había conducido a los liberales, acusándoles de pervertir la ética a través de la enunciación de reglas formalistas con vocación universal pero que despojan al individuo de sus vínculos y circunstancias históricas, concibiéndolos como egos descarnados, cuya situación en el mundo es irrelevante frente a otros semejantes e independiente de la comunidad en la que viven. Frente a esa descontextualización del sujeto con su entorno, el lenguaje de las virtudes es preferible al rigorismo y universalismo kantiano; los ideales de vida buena a las vacías obligaciones morales frías y despojadas de rostro humano; los compromisos y lazos personales se prefieren a la imparcialidad hacia nuestros vecinos.

Pero partiendo de estas premisas, el objeto de ataque de cada uno de ellos ha ido dirigido contra diferentes puntos de la teoría liberal. MacIntyre había publicado su *After virtue* con la intención de recuperar el lenguaje de las virtudes desde una lectura aristotélico-tomista y demostrar cómo la coherencia narrativa de la vida de un individuo depende de su vínculo con las tradiciones en las que éste se inserta. Michael Sandel²⁰⁵⁹, Michael Walzer²⁰⁶⁰ y Charles Taylor²⁰⁶¹, entre otros, integran un comunitarismo filosófico que tiene su punto de arranque en la crítica que hacen a la *Teoría de la justicia* de Rawls. En la nómina del comunitarismo podemos encontrar también a sociólogos (como Amitai Etzioni²⁰⁶², Robert N. Bellah²⁰⁶³, Philip Selznick²⁰⁶⁴ o Daniel Bell²⁰⁶⁵) y, según su posición ideológica, encontraremos a autores socialistas (como el propio

²⁰⁵⁹ SANDEL M., *Liberalism and the limits of justice*, Cambridge University Press, 1982. Cito por la traducción al castellano de María Luz Melón, *El liberalismo y los límites de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 2000. También expone su teoría comunitarista en otros trabajos posteriores que citaremos.

²⁰⁶⁰ WALZER M., *Spheres of justice. A defence of pluralism and equality*, Martin Roberston, Oxford, 1983. Cito por la traducción al castellano de Heriberto Rubio, *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

²⁰⁶¹ TAYLOR C., *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*, op. cit. Y en TAYLOR C., *La ética de la autenticidad*, op. cit.

²⁰⁶² ETZIONI A., *The Spirit of Community: Rights, Responsibilities, and the Communitarian Agenda*, Fontana Press, London, 1993. Y también ETZIONI A., *The New Golden Rule: Community and Morality in a Democratic Society*, Basic Books, New York, 1998. Cito por la traducción al castellano de Marco Aurelio Galmarini, *La nueva regla de oro: comunidad y moralidad en una sociedad democrática*, Paidós, Barcelona, 1999.

²⁰⁶³ BELLAH R.N., MADSEN R., SULLIVAN W.M., SWIDLEK A. y TIPTON S.M., *Habits of the Heart: Individualism and Commitment in American Life*, University of California Press, Berkeley, 1985. Cito por la traducción castellana de Guillermo Gutiérrez, *Hábitos del corazón*, Alianza Editorial, Madrid, 1989. Este libro es la presentación de los resultados de cuatro proyectos de investigación (sobre amor y matrimonio; terapias para dar sentido a la esfera privada; política local y tradicionales asociaciones voluntarias; y modos modernos de activismo político), todos ellos recorridos por el interés de averiguar la naturaleza de la vida privada y pública en Estados Unidos, llevados a cabo por distintos miembros del grupo liderado por Robert N. Bellah. Todos los capítulos del libro se basan en los cuatro proyectos a la vez, sin distinción de autoría.

²⁰⁶⁴ SELZNICK P., "The idea of a Communitarian morality", en *California Law Review*, vol. 75, 1987, pp. 445-464.

²⁰⁶⁵ BELL D., *Communitarianism and its critics*, Clarendon Press, Oxford, 1993. En esta obra Daniel Bell emplea la forma de diálogo para presentar y defender su postura sobre el comunitarismo. Todo el libro constituye un diálogo en varios actos entre dos personajes (Anne De la Patrie y Philip Schwartzberg) a lo largo del cual van apareciendo los argumentos y contraargumentos sobre los que giran las tres tesis del comunitarismo de Daniel Bell: (1) la idea de que somos, en primer lugar y principalmente, seres sociales, profundamente ligados al mundo social en el que nos encontramos; (2) la interpretación de entendimientos compartidos que se relacionan con la vida política de la comunidad, en oposición a aquellos que derivarían principios políticos universalmente aplicables a partir de una especificación más abstracta de los individuos y sus necesidades, intereses y reclamos morales; y (3) una argumentación a favor de la vida comunitaria, de la que se extraen implicaciones políticas apropiadas para quienes vivimos en el mundo moderno. Bell plantea la necesidad de experimentar nuestras vidas como unidas con el bien de las comunidades a partir de las cuales se ha constituido nuestra identidad y distingue entre tres tipos de 'comunidades constitutivas': comunidades de lugar, o comunidades basadas en la ubicación geográfica; comunidades de memoria, o grupos de extraños que comparten una historia moralmente significativa, y comunidades psicológicas, o comunidades de interacción personal cara a cara gobernadas por sentimientos de confianza, cooperación y altruismo. Ver BELL D., *Communitarianism and its critics*, op. cit., pp. 13-14.

Walzer), a conservadores (como Robert George²⁰⁶⁶, Robert Nisbet²⁰⁶⁷, Russell Kirk²⁰⁶⁸ o Roger Scruton²⁰⁶⁹) e, incluso, a algunos liberales (como Joseph Raz²⁰⁷⁰ o Will Kymlicka²⁰⁷¹) para quienes proclamas típicas del liberalismo como la disponibilidad de un espectro suficiente de planes de vida o la capacidad de la autonomía dependerían en definitiva de un trasfondo comunitario compartido²⁰⁷².

Aunque la querencia aristotélica está presente en la mayoría de los comunitaristas, no todos ellos deben calificarse de neoristotélicos. Al igual que hay neoristotélicos (como Martha Nussbaum) que no se sentirían nada cómodos con la etiqueta de comunitaristas. Es decir, Aristóteles o la vuelta a Aristóteles no es patrimonio exclusivo de los comunitaristas, pero sí es cierto que todos ellos vuelven su mirada, de un modo u otro, hacia él. Podremos encontrar las reivindicaciones más cerradas de un programa claramente neoaristotélico, apegado a la noción de tradición, en la obra de Sandel. En cambio la escuela intelectual que sale triunfante del análisis de MacIntyre es la aristotélico-tomista. Habrá rasgos más o menos marcados de un neoaristotelismo en las obras de Taylor, Walzer o Nussbaum en Estados Unidos y, entre nosotros, en Victoria Camps, por ser autores y autoras que han querido subrayar la importancia del valor comunitario de la solidaridad como una disposición -en el sentido aristotélico de formación del carácter, modo de ser, costumbre, hábito- para complementar la más fría dimensión de la justicia del programa estrictamente liberal. Después de reconocer el carácter *sospechoso* que tiene la virtud de la solidaridad (pues nunca se le ha dado la importancia debida y ha sido la virtud de los pobres y oprimidos), Camps reconoce que ante lo imperfecta que resulta la justicia, la existencia de desigualdades insalvables y la incapacidad del Estado para resolver de una vez por todas las necesidades y carencias de la vida humana, la solidaridad en cambio es una virtud pública que compensa y complementa los déficit de justicia:

²⁰⁶⁶ Recuérdese la importancia que tenía para Robert P. George la defensa de una moralidad común -que debe además basarse en algún tipo de moral *verdadera*- como condición de la cohesión social. Ver GEORGE R.P., *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality*, op. cit.

²⁰⁶⁷ NISBET R., *Conservadurismo*, op. cit.

²⁰⁶⁸ KIRK R., *La mentalidad conservadora en Inglaterra y Estados Unidos*, op. cit.

²⁰⁶⁹ SCRUTON R., *The meaning of Conservatism*, Penguin Books, England, 1980. También expone su teoría comunitarista en el posterior SCRUTON R., *Conservadurismo*, op. cit.

²⁰⁷⁰ RAZ J., *The Morality of Freedom*, op. cit.

²⁰⁷¹ KYMLICKA W., *Contemporary political philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1990. Cito por la traducción de Roberto Gargarella, *Filosofía política contemporánea*, Ariel, Barcelona, 1996. Y también KYMLICKA W., *Ciudadanía Multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, op. cit.

²⁰⁷² MILLER D., *Citizenship and national identity*, Polity Press, Cambridge, 2000 (reimpr. 2005), p. 102.

«Es preciso cuidar y atender a otro valor vecino de la justicia, el valor que consiste en mostrarse unido a otras personas o grupos, compartiendo sus intereses y sus necesidades, en sentirse *solidario* del dolor y sufrimiento ajenos. La solidaridad es, pues, una virtud, que debe ser entendida como condición de la justicia, y como aquella medida que, a su vez, viene a compensar las insuficiencias de esa virtud fundamental. La justicia necesita del complemento de la solidaridad, sea cual sea el grado de realización que haya alcanzado»²⁰⁷³.

Tampoco el neoaristotelismo comunitario es necesariamente conservador (como sí lo es el de MacIntyre) ni contramoderno (como sería además del de MacIntyre el de Sandel), pues encontramos a autores como Nussbaum, Taylor o Walzer que no quieren renunciar a las marcas indiscutibles de la modernidad. Si para MacIntyre «los problemas de la teoría moral moderna emergen claramente como producto del fracaso del proyecto ilustrado»²⁰⁷⁴, Nussbaum se propone buscar una idea de vida buena en términos aristotélicos según lo que denomina una «concepción del bien densa y vaga». Es densa porque entronca con la tradición aristotélica del desarrollo de las potencialidades característicamente humanas y es vaga porque deja el suficiente espacio para que los individuos determinen los modos en que desarrollan de esas capacidades²⁰⁷⁵.

Esta heterogeneidad de sus planteamientos, de sus trasfondos ideológicos o de la tradición de pensamiento de la que cada uno parte (Hegel para los comunitaristas más acérrimos, y Kant para los que presentan tintes más liberales), hace que no haya consenso entre los propios comunitaristas ni siquiera en identificarse como tales y que su denominación funcione como un «término paraguas» que acoge a distintas teorías²⁰⁷⁶. La idea que sí compartirían todos ellos es que el liberalismo no estaría ofreciendo una buena

²⁰⁷³ CAMPS V., *Virtudes públicas*, Espasa, Madrid, 1990, p. 35. Cuando Victoria Camps propuso una ética de las virtudes públicas no desconocía que existiera una confusión entre el mundo privado (propio para la educación del sentimiento) y el público (en el que se persigue el idea de la justicia). Su propuesta es la de «una ética de actitudes e inclinaciones individuales dirigidas a hacer más justa y más digna la vida colectiva». El ámbito de la moral que hay que educar «es el de las acciones y decisiones que tienen una repercusión en la colectividad o que son de interés común». Por eso es preciso distinguir entre «esas normas que la sociedad debería admitir como comunes -finalmente, la ley y las costumbres aceptadas-, y el conjunto de variables de comportamiento o modos de vivir sobre los que la sociedad como conjunto no debería ni tan sólo opinar. Obviamente, el ámbito privado y el público no tienen una frontera divisoria inalterable: los diferentes tiempos producen costumbres y leyes también distintas. Pero ese relativismo no debería ser obstáculo para la distinción entre lo que son los problemas de la justicia, que conciernen o deberían concernir a todos los seres humanos, y lo que son cuestiones de elección personal o de gusto. Hay que poder distinguir, en suma, entre las preferencias generalizables y las que no lo son». Ver CAMPS V., *Virtudes públicas*, op. cit., pp. 10-11 y 24-25.

²⁰⁷⁴ MACINTYRE A., *Tras la virtud*, op. cit., p. 87.

²⁰⁷⁵ NUSSBAUM M., «Aristotelian Social Democracy», en *Liberalism and the Good*, R. Bruce Douglass, Gerald M. Mara y Henry S. Richardson (eds.), Routledge, New York, 1990, pp. 203-252.

²⁰⁷⁶ MILLER D., *Citizenship and national identity*, op. cit., p. 98.

descripción de cómo funcionan las sociedades actuales. Apelar como hacen los liberales a valores universales y abstractos como únicos candidatos para integrar la esfera pública deja fuera muchos otros componentes que explicarían mejor tanto la identidad del individuo con el bien común, como el modo por el que las lealtades particulares se dirigen a un ideal más cosmopolita y como el patriotismo puede ser una virtud muy noble que encarnar. Así, las visiones del republicanismo y del multiculturalismo liberal también han participado en el debate entre liberales y comunitaristas, apostando por un discurso que hace énfasis en la importancia de lo colectivo en la educación de ciudadanos comprometidos con la vida de la polis.

Pese a la diferencia en sus planteamientos y enfoques, los comunitaristas compartirían unos rasgos comunes que justificarían que, al menos a los efectos expositivos que aquí interesan, sean manejados conjuntamente por la rotundidad con que utilizaron todos ellos la idea de la moral social como elemento integrador de la comunidad. La estrategia comunitarista se articula en torno a una denuncia y una propuesta: denuncian la incapacidad del discurso liberal para ofrecer una comprensión completa del individuo como ser moral situado en un contexto cultural propio; y proponen, en su lugar, un mayor peso a la sociabilidad humana en la conformación de esa moralidad. Pero junto a esos rasgos es innegable que también comparten «una crítica conservadora o antimoderna que acentuaba las ideas de comunidad y tradición»²⁰⁷⁷.

A algunos puntos de la teoría comunitarista ya nos hemos referido en este trabajo, en concreto a las nociones de MacIntyre, Taylor o Sandel de marcos de referencia, horizontes de significado o narración para explicar lo que contribuye a dotar de valor a un plan de vida (véase cap. primero “Las concepciones del bien y vida buena”). Para estos autores, ejercemos todos nuestros actos a través de una serie de referencias y marcos valorativos que constituyen su razón de ser, sin los cuales dichos actos no podrían llevarse a cabo. Esos horizontes son irrenunciables y no podemos prescindir de ellos. Los marcos de nuestra historia y tradiciones son contra los que forjamos nuestros comportamientos y sobre los que moldeamos nuestras conductas. Constituyen, de algún modo, una especie de equipaje intelectual que llevamos cargado a la espalda a lo largo de todo nuestro bagaje

²⁰⁷⁷ THIEBAUT C., *Los límites de la comunidad. Las críticas comunitaristas y neoristotélicas al programa moderno*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 145.

vital y determinan el espacio moral en el que nos movemos. Sin esa mochila perderíamos nuestras referencias valorativas, imposibilitándose la moral misma.

2. CONTRA LA ESQUIZOFRENIA LIBERAL.

Aquí nos interesa ahora centrarnos en uno de los ataques del comunitarismo que más difícil ha sido de contestar desde las filas liberales. Esta crítica se centra en destapar la inútil pretensión liberal -denunciaría el comunitarismo- de limitar la acción del Estado a los principios de la moral intersubjetiva. A juicio de los autores comunitaristas, los liberales parten de una concepción defectuosa de la persona, de sus decisiones morales y del valor de éstas, olvidando el papel decisivo de la comunidad social, cultural y política en la vida moral de los ciudadanos. El liberalismo habría devaluado el peso del elemento comunitario y éste es un factor fundamental en la concepción de vida buena de las personas. La sociedad nos otorga el marco de comprensión desde el que conformar nuestra moralidad y es el contexto inexcusable desde el que construimos nuestra propia identidad. Nuestra identificación como individuos cobra sentido cuando nos vamos conformando dialógicamente a partir de las comprensiones comunes en las que estamos insertos²⁰⁷⁸. De ahí que Sandel crea que la comunidad política es un vínculo constitutivo de la persona y que es imposible reconocernos a nosotros mismos sino es «como miembros de esta familia, comunidad, nación o pueblo; como sucesores de esta historia; como hijos o hijas de aquella revolución; como ciudadanos de esta república»²⁰⁷⁹. Son estos «lazos constitutivos» los que forjan el carácter, y reflexionar sobre ellos hace tomar conciencia de que «me muevo en una historia que ni exige ni ordena, sino que conlleva consecuencias que no se ven afectadas por mis elecciones o mi conducta»²⁰⁸⁰.

²⁰⁷⁸ El hecho de definir nuestra identidad en términos sociales implica que el *diálogo* que mantenemos con los demás miembros de la comunidad se convierta en el elemento crucial de nuestra autoafirmación. Sólo es posible el *reconocimiento* como sujeto “dentro de lo que denomino la urdimbre de interlocución”. TAYLOR C., *Las fuentes del yo*, op. cit., p. 52. La comunidad ofrece el contexto dialógico en el que nos descubrimos, en el que nos reconocemos, en el que se hacen inteligibles los significados que compartimos. Descubrir esta identidad “no significa que yo la elabore aisladamente sino que la negocio por medio del diálogo, en parte abierto, en parte introyectado, con otros. Ésa es la razón por la que el desarrollo de un ideal de identidad generada desde el interior otorga una importancia nueva y crucial al reconocimiento. Mi propia identidad depende de modo crucial de mi relación dialógica con otros”. TAYLOR C., *La ética de la autenticidad*, op. cit., p. 81.

²⁰⁷⁹ SANDEL M., *El liberalismo y los límites de la justicia*, op. cit., p. 222.

²⁰⁸⁰ SANDEL M., *El liberalismo y los límites de la justicia*, op. cit., p. 222.

La postura central del comunitarismo reivindica la relevancia de la comunidad en la conformación de los juicios morales de los individuos. Lejos de todo individualismo entendido como aislamiento, las personas toman sus decisiones en diálogo con la identidad que le imprime su pertenencia a una comunidad dada y orientan su vida según la comprensión que tienen del papel-personaje asignado en la historia que les rodea²⁰⁸¹. La construcción liberal, en cambio, habría pretendido derivar de una concepción atomista del sujeto humano una sugerente propuesta que establece principios morales previos e independientes de las ideas o concepciones del bien humano de las diversas culturas y comunidades y que intenta ser neutral o imparcial ante ellas. Este rasgo del liberalismo (relevante para el tema de este trabajo) desemboca en una teoría moral basada en conceptos, como el de neutralidad, que para los comunitaristas son vacíos y estériles por estar desenraizados de los contenidos particulares de vivencias y valores de una comunidad. Frente a ello, como apuntaría MacIntyre, es preferible considerar que «los conceptos morales están encarnados en (y son parcialmente constitutivos de) las formas de vida social»²⁰⁸².

En el programa liberal la idea de comunidad aparece como el resultado de acuerdos de individuos que deciden cooperar ante el temor hobbesiano. La sociedad resultante sólo es instrumental en la medida en que sirve a los particulares para alcanzar sus objetivos privados. El interés propio es lo que hace a los ciudadanos salir de su egoísmo y decidirse a cooperar en sociedad. La comunidad es el fruto de esa cooperación alimentada por fines privados previos a ella. Los fines privados serían antepuestos a y presupuestos de la propia idea de comunidad. Ante ello, la crítica comunitaria denunciará esta escisión de las esferas pública y privada y querrá hacer ver que los aspectos éticos de la privacidad son inescindibles de los aspectos morales del espacio público. Nada se avanzaría, a juicio de los comunitaristas, con una noción de comunidad limitada meramente a compartir fines particulares de los individuos que la conforman. La cooperación sólo tiene valor por sí misma -alegan los comunitaristas- si no es simplemente instrumental para los fines particulares, sino si ella misma es valiosa, esto es, que aporte valor a la identidad de los individuos, a la conformación de sus fines, sin poder determinarse éstos de manera previa a la cooperación y siendo en la cooperación

²⁰⁸¹ MACINTYRE A., *Tras la virtud*, op. cit., p. 266; y SANDEL M., *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, op. cit., pp. 252 y 255.

²⁰⁸² MACINTYRE A., *Historia de la Ética*, op. cit., p. 11.

comunitaria donde encuentran la forma de acuñarse. A Sandel le parece iluso pretender enunciar alguna teoría que prescinda de la idea de que los individuos sienten ese valor comunitario como algo propio. Es decir, la teoría comunitarista habría revelado el valor que tiene en sí el fin de la cooperación como una manera de autocomprendernos que es constitutiva de nuestra propia identidad:

«Afirmar que los miembros de una sociedad están limitados por un sentido de comunidad no equivale simplemente a declarar que una mayoría de ellos profesa sentimientos comunitarios y persigue objetivos comunitarios, sino que éstos miembros conciben su identidad (el sujeto y no sólo el objeto de sus sentimientos y aspiraciones) como definida en cierta medida por la comunidad de la cual forman parte. Para ellos, la comunidad describe no sólo lo que tienen como conciudadanos, sino también lo que son; no una relación que eligen (como en la asociación voluntaria) sino un lazo que descubren; no meramente un atributo sino un componente de su identidad»²⁰⁸³.

Manejar un concepto de comunidad en sentido fuerte como el anterior propugna, por tanto, una identificación de los fines del individuo con los de su comunidad. Los fines particulares no son previos a la cooperación, sino que se definen en función de ella. Las esferas pública y privada no están tan separadas como nos han hecho creer los liberales, sino que los fines privados se diseñan contra aquél retablo que es la comunidad. Así reitera Sandel:

«Para que una sociedad constituya una comunidad en este sentido fuerte, la comunidad debe ser constitutiva de la autocomprensión compartida de los participantes, y estar incorporada en sus acuerdos institucionales, y no ser simplemente un atributo de los planes de vida de ciertos participantes»²⁰⁸⁴.

Algunos comunitaristas señalan que tampoco el programa liberal es fiel a sus propios principios. La independencia y la neutralidad que la teoría liberal pretende respecto de las concepciones particulares del bien serían en realidad fraudulentas, pues presuponen y encubren una teoría del bien particular e incompatible con otras. El liberalismo contendría una idea individualista del bien concebido como autonomía, o como satisfacción de deseos y preferencias individuales, que entra en conflicto con otras concepciones rivales del bien. De esta forma, el comunitarismo cree desenmascarar la relatividad, encubierta por un halo de supuesta neutralidad, de la causa liberal. Sandel

²⁰⁸³ SANDEL M., *El liberalismo y los límites de la justicia*, op. cit., p. 189.

²⁰⁸⁴ SANDEL M., *El liberalismo y los límites de la justicia*, op. cit., p. 216.

rechazó la separación liberal de la justicia por un lado (cuyos principios operarían en la esfera pública) de las diferentes concepciones del bien por otro (cuya observancia se reserva a la esfera privada). Habría casos difíciles, como el aborto o la homosexualidad, en los que no sería posible apelar a una supuesta neutralidad sino que deben abordarse desde argumentos sustantivos propios de concepciones del bien²⁰⁸⁵. Sólo dentro del marco de las tradiciones y las prácticas comunitarias la noción de bien podrá servir de sustento a cualquier tipo de razones que orienten nuestras reflexiones y decisiones. Fuera de los límites de la comunidad la concepción del bien se encuentra desarticulada y vacía de sentido. La tolerancia liberal yerra cuando pretende adjudicar derechos desatendiendo los argumentos morales y religiosos enfrentados. Tener en cuenta las concepciones del bien subyacentes a estos argumentos requiere poner en valor el papel de la comunidad donde dichas concepciones son vividas.

El individualismo liberal moderno habría expresado su ideal ético de la autonomía personal como independencia con respecto del control social, bien sea rechazando la injerencia por parte del Estado en las vidas privadas de los individuos, o con respecto a las normas morales absolutas, tradiciones y lazos comunales determinantes. Bajo este mismo ideal, el espacio reservado a la privacidad de los individuos es más amplio que el que los comunitaristas están dispuestos a reconocer. Contra el papel de la comunidad en la formación de las identidades personales, el individualismo liberal invoca con fuerza la autonomía de las personas y su derecho a diseñar sus proyectos de vida buena. Este liberalismo que critican los comunitaristas hunde sus raíces en la tradición racionalista de Descartes, de Hobbes, y más específicamente en Locke y encontraría en Kant a su máximo exponente. Todos ellos serían culpables de vaciar al individuo de todo contenido moral, de desvincularlo del mundo al que pertenece, de despojarlo de su identidad social, engañándole con el señuelo de que «puede ser cualquier cosa, asumir cualquier papel o tomar cualquier punto de vista, porque en sí o por sí mismo no *es nada*»²⁰⁸⁶. Las circunstancias de asilamiento y desconexión del velo de la ignorancia a las que Rawls somete a los individuos en su posición original serían el epítome de este individualismo descarnado.

²⁰⁸⁵ SANDEL M., “Moral argument and liberal toleration: abortion and homosexuality”, en *California Law Review*, vol. 77, 1989, pp. 521-538. Cito por SANDEL M., “Argumentación moral y tolerancia liberal: el aborto y la homosexualidad”, en *Filosofía pública. Ensayos sobre moral en política*, trad. de Albino Santos Mosquera, Marbot ediciones, Barcelona, 2005.

²⁰⁸⁶ MACINTYRE A., *Tras la virtud*, op. cit., p. 51.

El gran fallo de este liberalismo -denunciarán sus críticos- tiene su raíz en el individualismo extremo que defiende. Rawls habría intentado dar una base empírica a la concepción kantiana del sujeto nouménico. Pero, como juzga Sandel, esa entelequia no queda resuelta al situarlo tras el velo de la ignorancia en la posición original. Rawls no habría logrado salvar a Kant de la acusación de que su *yo* no es real y al final ambos habrían propagado la imagen del individuo como una entidad descarnada, separada de sus preferencias y deseos y apartado de los otros sujetos y de la comunidad. En efecto, para la doctrina liberal el individuo sería el centro de todo, completamente formado antes de su contacto con la sociedad, y olvidaría las raíces intrínsecamente sociales y políticas que distinguen al animal que es el ser humano. Recuérdese que el comunitarismo parte en muchos de sus postulados de una revisión de Aristóteles y su tesis del *zoon politikon*, del tal modo que, frente a la ilusión liberal, el hombre de carne y hueso «es un animal social y político, porque no es autosuficiente individualmente y, en gran medida, no es autosuficiente fuera de la polis»²⁰⁸⁷.

Para los liberales -como hemos tenido ocasión de subrayar constantemente- el ámbito privado es el espacio donde el individuo escoge e impulsa su proyecto de buen vivir y donde va configurando de manera autónoma su identidad. Este individualismo trae como efecto, para los comunitaristas, la disgregación, la dispersión de los seres humanos pertenecientes a una comunidad e imposibilita la creación de espacios intersubjetivos que permitan la concreción de proyectos colectivos con verdadero arraigo en los sujetos y en los grupos a los que estos pertenecen. El *yo* individual es imaginario y peligrosamente ideado para defender el programa liberal, frente a la noción, más ajustada y coherente, en la que el *yo* encuentra su auténtica identidad: en un *yo*, no individualista, sino *miembro de*, o perteneciente a, un grupo o comunidad que es el que le otorga su verdadera personalidad. En palabras de MacIntyre, «los individuos heredan un lugar concreto dentro de un conjunto interconectado de relaciones sociales; a falta de este lugar no son nadie»²⁰⁸⁸. Es en este lugar, en el que el individuo se define como miembro de una comunidad, el que lo descubre como ser humano plenamente realizado. Fuera de él,

²⁰⁸⁷ TAYLOR C., “Atomism”, en *Philosophical Papers*, vol. 2, Cambridge University Press, 1985, pp. 187-210. Cito por la traducción de Silvia Mendlewicz y Albert Calsamiglia, “El Atomismo”, en *Derecho y Moral. Ensayos analíticos*, J. Betegón y J.R. de Páramo (eds.), Ariel, Barcelona, 1990, p. 109.

²⁰⁸⁸ MACINTYRE A., *Tras la virtud*, op. cit., p. 53.

aparece descontextualizado del entorno que necesita para reconocerse en su *yoidad*. Lo que el individuo sea o llegue a ser necesita de la comunidad.

Por eso Joel Feinberg, después de afirmar que la palabra ‘comunidad’ está hoy muy en boga, piensa que sería útil considerar la ‘comunidad’ como un concepto de grado. Así los diferentes grupos sociales difieren en la medida en que son comunidades o, si se prefiere, que lo serán dependiendo del grado de su unión en torno a las ideas que los cohesionan²⁰⁸⁹. No cualquier grupo social conformará una comunidad. Para ser comunidad en el modo aquí discutido se requiere un grado suficiente de “común-unidad” en torno a ideas morales, religiosas, culturales y políticas, entre otras, que son con fuerza compartidas y vividas por todos los miembros que la integran. Una definición de comunidad que demuestra que se trata de una cuestión de grado es la que proponen Robert Bellah y sus colaboradores:

«Una *comunidad* es un grupo de personas que dependen socialmente unas de otras, que participan juntas en los debates y en la toma de decisiones y que comparten ciertas *prácticas* que, a la vez, definen la comunidad y son alimentadas por ella. Una comunidad de este tipo no se forma rápidamente. Casi siempre tiene una historia y en ese sentido es también una *comunidad de memoria*, definida en parte por su pasado y su memoria de este pasado»²⁰⁹⁰.

Téngase en cuenta que si un grupo carece de una memoria extensa no llegará a ser una comunidad perfecta. En cambio, una interdependencia social fuerte permitirá considerar que un grupo social constituye una auténtica comunidad; y cuanta mayor interdependencia tengan los unos con los otros, cuánto más sólido sea ese corpus de ideas compartido, más perfecta será su comunidad.

Otro sociólogo comunitarista como Amitai Etzioni ha definido a ese *spirit of community* como una especie de *Moral Voice*. Una voz moral que no se limita únicamente a censurar los comportamientos que la comunidad reprueba, sino que también elogia, reconoce, celebra y brinda por aquellos que sirven a sus comunidades. Los miembros de un vecindario comparten constantemente historias, por ejemplo, de lo maravilloso que fue que este o aquel vecino organizara un grupo para cuidar los árboles de un lado de la calle o lo encantador que resultó la organización de un cortejo de bienvenida para recibir a las nuevas familias que escaparon de Irán. Son estas voces morales positivas,

²⁰⁸⁹ FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. IV: Harmless Wrongdoing, op. cit., p. 102.

²⁰⁹⁰ BELLAH R. (ed.), *Hábitos del corazón*, op. cit., p. 393.

alentadoras, reconfortadoras, pero bien efectivas, las que ya no escuchamos con suficiente claridad y convicción en muchas áreas de nuestras vidas²⁰⁹¹.

El hacer oídos sordos a esta voz moral de la comunidad, es decir, la falta de inclinación para hacer afirmaciones morales, socava diariamente lo que Etzioni llama *la rutina social de la moralidad*. Para que los valores morales vayan encontrando cada vez más apoyo, para que la voz moral de la comunidad resuene cada vez con más fuerza, es importante que cada día más personas asuman responsabilidades para con los niños, ancianos, vecinos, con el medio ambiente y con sus comunidades. Objetar la voz moral de la comunidad y el estímulo moral que proporciona es oponerse al pegamento social que ayuda a mantener unido el orden moral, señala Etzioni²⁰⁹².

El comunitarismo no puede concebir al sujeto separado de sus roles sociales y políticos, es decir, al margen de los papeles que en su comunidad le ha tocado representar: la persona es, por definición, precisamente el conjunto de roles que le ha tocado vivir. Si Rawls explicaba kantianamente que «el yo es anterior a los fines que por él se afirman; incluso un fin dominante tiene que ser elegido entre muchas posibilidades»²⁰⁹³, para la filosofía comunitarista son los propios fines los que nos definen, y pensar que somos previos a ellos es un error. Es la trampa antropológica en la que nos habría hecho incurrir el liberalismo al querer hacernos ver que el individuo elige sus fines en lugar de identificarnos con ellos. Para Rawls, como reconstruye Victoria Camps, ser libre significa ser autónomo, esto es, no identificados con un sistema especial de fines que predetermine su forma de vivir. En una sociedad justa, cada cual ha de tener libertad para elegir la forma de vida que más le convenga²⁰⁹⁴. Ser autónomos para Rawls, al modo kantiano, quiere decir que nos damos nuestros propios fines, que los elegimos; que no nos vienen dados en la posición original, que somos anteriores a ellos y que no somos instrumentos de ellos; somos nosotros los que ponemos los medios para alcanzarlos.

El *yo* de Rawls, critica Sandel, no es sólo un sujeto de la posesión, sino un sujeto anticipadamente individualizado, que permanece siempre a cierta distancia de los

²⁰⁹¹ ETZIONI A., *The Spirit of Community: Rights, Responsibilities, and the Communitarian Agenda*, op. cit., pp. 32-34.

²⁰⁹² ETZIONI A., *The Spirit of Community: Rights, Responsibilities, and the Communitarian Agenda*, op. cit., pp. 35-36.

²⁰⁹³ RAWLS J., *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 506.

²⁰⁹⁴ CAMPS V., "Introducción" a RAWLS J., *Sobre las libertades*, trad. de Jorge Vigil Rubio, Paidós, Barcelona, 1990, p. 14.

intereses que posee. La consecuencia de concebir un *yo* como el de Rawls es que pone al individuo «más allá del alcance de la experiencia; lo hace invulnerable, fija su identidad definitivamente. Ningún compromiso hará mella como para que no pueda comprenderme a mí mismo en su ausencia. Ningún cambio de los propósitos y planes de vida puede ser tan perturbador que altere los contornos de mi identidad. Ningún proyecto puede ser tan esencial que el abandonarlo amenace a la persona que soy yo»²⁰⁹⁵. Piensa Rawls que el individuo puede independizarse de los valores que posee, que está por encima de ellos o que es previo a ellos; una persona moral es un sujeto con fines que él ha elegido, fines que -al modo kantiano- se da a sí mismo y que constituyen su concepción del bien realizada a través de su plan racional de vida. Esas concepciones del bien que son expresión de los fines que elegimos «deben encajar en los límites trazados por la propia concepción de lo justo y situarse en el espacio que dichos límites abren para la consecución de fines permisibles. Podríamos decir: lo justo marca el límite; el bien muestra el camino»²⁰⁹⁶. Es lo que Rawls llama la primacía de lo justo.

Frente al *yo* liberal descarnado que ilusoriamente cree que elige sus fines, Sandel apuesta por un *yo* situado que no elige valores sino que se identifica con ellos. Una noción del *yo* tan independiente como la que estipula el liberalismo, critica Sandel, elimina la posibilidad de cualquier lazo capaz de vincularnos con nuestros valores y sentimientos para entender quienes en verdad somos. Es más, «elimina la posibilidad de una vida pública en la cual, para bien o para mal, estén en juego tanto la identidad como los intereses de los participantes. Y excluye la posibilidad de que los propósitos y fines comunes puedan inspirar una comprensión de sí misma más o menos expansiva, definiendo así una comunidad en el sentido constitutivo, una comunidad que describe al sujeto y no simplemente a los objetos de las aspiraciones compartidas»²⁰⁹⁷.

Es un peligroso engaño creer que el individuo existe antes de la comunidad; la comunidad es pre-supuesto necesario del ser humano, y es ella el marco y horizonte

²⁰⁹⁵ SANDEL M., *El liberalismo y los límites de la justicia*, op. cit., p. 86.

²⁰⁹⁶ RAWLS, *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*, op. cit., p. 290. Sandel critica estos textos de Kant a partir de la versión que Rawls hizo previamente como apuntes de clase para cursos de doctorado (en la primavera de 1974) de sus “lecciones sobre Kant” que desembocaron después en las Conferencias Dewey de 1980. RAWLS J., “Kantian Constructivism in Moral Theory”, en *Journal of Philosophy*, vol. 77, núm. 9, 1980, pp. 515-572. Sobre como la personalidad moral no se ve afectada por cambios operados en nuestras concepciones del bien, pues el individuo es previo a los fines que él mismo se da, ver pp. 544-545.

²⁰⁹⁷ SANDEL M., *El liberalismo y los límites de la justicia*, op. cit., p. 86.

ineludible en el que se halla inmerso el sujeto en la elección de su propio proyecto de buen vivir. El individuo sólo puede definir su identidad «contra el trasfondo de aquellas cosas que tienen importancia»²⁰⁹⁸. Este trasfondo (llámese horizonte, marco...) es el que vincula Taylor con su tesis de la autenticidad, contraponiéndola a la noción de autonomía propia del liberalismo. De esta forma, lo que el sujeto “es”, la manera como se concibe y se autopercibe, la imagen que de sí mismo tiene y la que proyecta al exterior, está condicionado por las determinaciones de la sociedad en la que habita. No se puede responder a la pregunta de “¿quién soy yo?” desvinculándonos de las historias y relaciones sociales en que nos encontramos envueltos. En este sentido, Walzer sostiene que «cuando construimos desde el individuo, construimos, según parece al punto de vista liberal, desde la base. Pero, de hecho, la base es siempre social: personas-en-sociedades, no personas-por-sí-mismas. Nunca encontramos personas-por-sí-mismas y el esfuerzo de inventarlas es un agotador ejercicio»²⁰⁹⁹.

Una de las más importantes, entre los muchos tipos de comunidades, son aquellas que hacen hincapié en sus características de unificación y duración: las “comunidades de memoria”, como se las llama en el trabajo coordinado por Robert Bellah, son aquellas que de alguna manera están constituidas por su pasado y que se esfuerzan para que sus integrantes no olviden ese pasado. Para mantener la continuidad con el pasado, según Bellah, la comunidad con frecuencia «tiene que volver a contar su historia, su narrativa constitutiva», las leyendas e historias que la distinguen de otros grupos y que definen y refuerzan sus propios ideales. La historia del grupo puede consistir en cuentos ejemplares de conducta heroica que expresan conceptos favorables de carácter y virtud, o «relatos dolorosos de sufrimiento compartido que, en ocasiones, crean identidades más profundas que el éxito»²¹⁰⁰. Las comunidades étnicas y raciales son ejemplos de “comunidades de memoria”, como también lo son las comunidades religiosas «que recuerdan y vuelven a representar sus relatos en los ciclos semanales y anuales de su año ritual, rememorando los relatos bíblicos que les dicen quiénes son y los santos y mártires que definen su identidad»²¹⁰¹. También las familias son pequeñas “comunidades de memoria” que

²⁰⁹⁸ TAYLOR C., *La ética de la autenticidad*, op. cit., p. 75.

²⁰⁹⁹ WALZER M., *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, op. cit., p. 86.

²¹⁰⁰ BELLAH R. (ed.), *Hábitos del corazón*, op. cit., p. 203.

²¹⁰¹ BELLAH R. (ed.), *Hábitos del corazón*, op. cit., p. 204.

recuerdan su pasado cuando los padres les transmiten a sus hijos las historias de sus abuelos.

Sin embargo, hay más en una “comunidad de memoria” que su narrativa constitutiva. Bellah también habla de «prácticas de compromiso... rituales, estéticas, éticas... que definen los modelos de lealtad y obligación que mantienen viva a la comunidad»²¹⁰². Ceremonias, celebraciones, días festivos, rituales de luto o los monumentos simbólicos se encuentran entre las prácticas que contribuyen al fortalecimiento de la comunidad y su preservación. Compartir estas «prácticas de compromiso enraizadas en la vida religiosa y las organizaciones cívicas nos ayuda a identificarnos con quienes, aun siendo diferentes, están unidos a nosotros no sólo por una interdependencia y un destino común, sino también por unos objetivos mutuos. Dado que compartimos una tradición común, ciertos hábitos del corazón, podemos trabajar conjuntamente para construir un futuro común»²¹⁰³.

Este interés por la «recuperación de la tradición, esto es, encontrar sustento en la tradición y aplicarla activa y creativamente a nuestras realidades actuales»²¹⁰⁴ es un anhelo también presente en el pensamiento del conservadurismo. Por ejemplo, Roger Scruton ilustra el mantenimiento de estas prácticas acudiendo al caso de las normas que rigen la estética y modificaciones de la fachada de las casas y otros elementos comunes de una comunidad de vecinos. En el siguiente pasaje Scruton explica por qué deben protegerse las creencias tradicionales como si se tratara de la armonización de un conjunto estético:

«Durante mucho tiempo se ha reconocido que un hombre no puede modificar libremente su casa, y el motivo de ello no es sólo porque algunas de esas formas de modificación directamente ‘dañen’ a sus vecinos. Una persona no puede demoler su casa, alterarla, incluso (en ocasiones) redecorarla, sin el consentimiento de la administración competente. Y las razones de ello son totalmente estéticas, cuestiones de carácter local, o de ‘apariencias tradicionales’, en resumen, una expectativa pública sobre cómo debe verse la casa propiedad de una persona (...). El predominio de la estética en cuestiones de planificación es de inmensa importancia. Porque muestra la voluntad de la ley de

²¹⁰² BELLAH R. (ed.), *Hábitos del corazón*, op. cit., p. 205.

²¹⁰³ BELLAH R. (ed.), *Hábitos del corazón*, op. cit., p. 322.

²¹⁰⁴ BELLAH R. (ed.), *Hábitos del corazón*, op. cit., p. 371.

mantener una continuidad visual, que no tiene otro origen legítimo que el poder otorgado al Estado no como medio para hacer valer la libertad individual, sino para expresar la conciencia social»²¹⁰⁵.

Ligar la idea de bien común con un núcleo de tradiciones compartidas es la postura clásica del pensamiento conservador (esbozado en distintas partes -y a través de distintos autores- en este trabajo). El componente comunitarista que hallamos en los pensadores conservadores presenta tres claras preocupaciones. En primer lugar, la legitimación de cualquier forma de poder apela al valor de la tradición manifestado en instituciones históricamente constituidas (ya sea la Religión o la Monarquía principalmente). Son las tradiciones destiladas durante siglos por estas instituciones las que compactan a la comunidad en torno a un conjunto de creencias compartidas. Sólo si el poder ejecutivo es heredero y respetuoso de aquél legado quedará legitimado. En segundo lugar, estas tradiciones son las que han permitido por largo tiempo la convivencia pacífica y cohesionada de las comunidades. Las normas que incorporan convenciones que han perdurado en el tiempo demuestran ser más eficazmente cumplidas que aquellas normas desvinculadas de la historia de la comunidad. Y en tercer lugar, el retorno al pasado ofrece la inspiración y modelo sobre los que fundamentar las políticas del presente. No podríamos saber dónde estamos, mucho menos adónde vamos, hasta que no sepamos de dónde venimos. Esta lealtad y admiración por el pasado se deja ver en la obra de autores conservadores con tendencias comunitaristas como Robert Nisbet:

«El pasado es un laboratorio vasto y maravilloso para el estudio de éxitos y fracasos en la larga historia del hombre si se estudia de manera adecuada. Si tenemos que mirar más allá del presente, y aparentemente la mayoría de nosotros lo hacemos, el pasado es *terra firme* en comparación con cualquier cosa que la imaginación más fértil, armada con el más poderoso de los ordenadores puede presentar en el apreciado futuro liberal»²¹⁰⁶.

La crítica comunitarista pone el énfasis en la característica de un yo construido socialmente. Tal característica es la que llamamos la tesis social del comunitarismo, y que

²¹⁰⁵ SCRUTON R., *The meaning of Conservatism*, op cit., p. 74. En trabajos posteriores Roger Scruton ha enfatizado la idea de que la continuidad de la sociedad americana depende de costumbres y tradiciones que son amenazadas constantemente por una libertad individual irrestricta. La carga filosófica del conservadurismo estadounidense exige definir precisamente “cuáles son esas costumbres y tradiciones, y mostrar el modo en el que pueden sobrevivir y desarrollarse a partir de sus propias dinámicas internas”. Es más, el fortalecimiento y la unión de la comunidad en torno a sus costumbres permitirá defenderse del intolerante y del fanático: “mostrar tolerancia al que está fascinado por la hostilidad hacia nuestro modo de vida equivale a abrir la puerta a la destrucción. Debemos redescubrir quiénes somos y qué defendemos y, una vez hecho esto, debemos prepararnos para luchar por ello. Y resulta que lo que defendemos es un legado tanto religioso como político”. SCRUTON R., *Conservadurismo*, op. cit., pp. 153 y 167.

²¹⁰⁶ NISBET R., *Conservadurismo*, op. cit., p. 36.

es la base de la crítica al carácter individualista y abstracto de la teoría liberal. El yo desvinculado del liberalismo es contestado por la tesis social del *yo situado* del comunitarismo. Este *yo* sólo encuentra su autenticidad en un horizonte de significación que está cargado de valores sustantivos. Carlos Thiebaut reconoce esta carencia del liberalismo cuando señala que «una parte significativa del pensamiento liberal siempre tendió a ser fonológica, a entender a los individuos sumidos en un cierto aislamiento, desconociendo o apreciando menos su constitución social, Robinsones que necesitaban sólo instrumentalmente de Viernes. El pensamiento comunitario, con raíces neoaristotélicas y neohegelianas, ha forzado la ruptura de ese monologismo y ese aislamiento»²¹⁰⁷. Una de las características más importantes de la posición comunitarista será, pues, su idea de sujeto como un yo situado en un contexto, lo cual significa que la identidad del sujeto está constituida socialmente. El individuo existe sólo como conjunto de vínculos sociales. En este sentido, la tesis social del yo situado es totalmente contraria a la del yo desvinculado que sostiene el liberalismo individualista. De ahí que ser un hombre sea, para MacIntyre, «desempeñar una serie de papeles, cada uno de los cuales tienen entidad y propósito propios: miembro de una familia, ciudadano, soldado, filósofo, servidor de Dios»²¹⁰⁸. La historia concreta de mi vida está inserta en la historia más general de mi comunidad.

La forma de entender la autonomía para los liberales, que engarza con el pensamiento aquí estudiado de Kant y Stuart Mill, revelaría ciertas deficiencias a juicio de los comunitaristas. Si para la teoría liberal el sujeto es el principio y fin de la moralidad (es fin en sí mismo) y, como tal, es el creador de las normas morales que se da a sí mismo, el comunitarismo verá en este subjetivismo una fuente para el egocentrismo y el narcisismo, donde la propia autorrealización individual carece de todo valor y queda como el único fin de un individuo vacío y egoísta. Frente a ello, el valor de la autenticidad colma de sentido la vida de los individuos al ligar su proyecto vital al de su comunidad. Mientras Taylor buscará esta base social sobre la que asentar la moralidad de los individuos en las tradiciones de la comunidad que proveen al sujeto de un horizonte de significado que le orientan hacia el bien²¹⁰⁹, MacIntyre apelará a la idea de virtud de la tradición aristotélica para encontrar la fuente de moralidad del hombre, de modo que el

²¹⁰⁷ THIEBAUT C., *Vindicación del ciudadano*, op. cit., p. 70.

²¹⁰⁸ MACINTYRE A., *Tras la virtud*, op. cit., p. 83.

²¹⁰⁹ TAYLOR C., *La ética de la autenticidad*, op. cit., pp. 73-75.

ejercicio de las virtudes (las propias para buscar la vida buena) son las que fortalecen las prácticas y tradiciones de la comunidad y dotan de coherencia e inteligibilidad la narración vital de cada individuo²¹¹⁰. Como vemos, ambos modelos comunitaristas apelan a fuentes de moralidad que son externas al propio sujeto. La moralidad no es autónoma, sino heterónoma. De ahí que haya señalado Carlos Thiebaut:

«MacIntyre y Taylor siguen dos caminos que llegan a la misma conclusión: la de negar que la idea de autonomía sea la que defina cómo es que somos sujetos morales. La estrategia a lo MacIntyre nos diría que son fines culturalmente dados y socialmente atribuidos a los sujetos, tal como se articulan en determinadas tradiciones, lo que les definen como sujetos morales (...). La posición de Taylor, por el contrario, extrae su fuerza de la tradición occidental heredada de la Ilustración y acepta que el quiebro reflexivo hacia la interioridad -a diferencia de lo que MacIntyre percibe- constituye el núcleo de esa tradición (...). Así, mientras MacIntyre entendería que los fines que determinan una comunidad y una tradición dadas constituyen y sujetan al sujeto moral, Taylor matizaría que esa tradición es la tradición occidental marcada por el acento en la subjetividad y en la interioridad de los sujetos»²¹¹¹.

3. PUNTUALIZACIONES LIBERALES A ALGUNAS TESIS COMUNITARITAS.

Los postulados del comunitarismo han sido ya ampliamente rebatidos desde distintos frentes, lo que nos permite exponer aquí un rápido recuento de los principales puntos que aducen los liberales para defenderse. Una primera respuesta de los liberales se refiere a que la prevalencia dada a la comunidad frente a los individuos hace que el comunitarismo haya sobredimensionado el papel que juega la comunidad en la configuración de la identidad individual. Al igual que los comunitaristas también se habrían equivocado en la reconstrucción que hacen del sujeto liberal como un individuo desarraigado y desconectado de su entorno. Un principio es afirmar la autonomía del individuo como valor capital para un desarrollo verdaderamente humano, y otro muy

²¹¹⁰ MACINTYRE A., *Tras la virtud*, op. cit., pp. 318 (tradición aristotélica), 233-236 (concepto de prácticas), 261-266 (concepto de narración), 273-274 (de tradición), 231-237 (de virtud) y 270-271 (cuáles son las virtudes relevantes). El rescate de un proyecto tan tradicionalista como el que MacIntyre propone es lo que hace que se le considere directamente como aintiilustrado y antimoderno por desatender la complejidad moral y la insuperable pluralidad fruto de la modernidad. Desatender el carácter históricamente inevitable de los valores que se encuentran en el corazón de la modernidad (las ideas de tolerancia, de neutralidad, de autonomía) constituirá uno de los principales puntos flacos del comunitarismo aristotélico-tomista de MacIntyre.

²¹¹¹ THIEBAUT C., *Vindicación del ciudadano*, op. cit., p. 100.

distinto es aceptar que esa autonomía equivale a la desvinculación de los lazos afectivos y roles sociales, al rechazo de un lenguaje compartido y al desentendimiento de los grupos y valores culturales y morales desde los que reflexionar racionalmente sobre qué fines y concepciones del bien debe cada uno adoptar.

Nada en el liberalismo hace pensar que predicar la autonomía del individuo sea despojarlo de los nexos (muy fuertes en algunos casos) que le mantienen unido a su comunidad. Ningún liberal dudaría en reconocer que los seres humanos están no solamente constituidos por la capacidad de elegir fines sino también por otros muchos rasgos y procesos que afectan a su identidad, como el de su pertenencia a cierta comunidad de la que absorben el lenguaje y un sistema conceptual, costumbres, creencias y valores. Más aún, la capacidad para elegir y formar deseos es francamente dudosa si no se la pone en relación con los fines, deseos y preferencias que podemos elegir en el marco de la comunidad en la que vivimos. Así, nuestras elecciones autónomas también están determinadas por nuestra pertenencia a una comunidad. Lo que ocurre es que los comunitaristas prefieren rescatar sólo una parte del discurso liberal (la que hace hincapié en la autonomía) para denunciar su programa, obviando que la concepción de persona que los liberales manejan es -como diría Nino- *normativa*: los liberales no intentan definir por completo cómo son los hombres y, por tanto, es absurdo que los autores comunitaristas les recuerden incesantemente que los seres humanos no son egos descarnados, que pertenecen a grupos y comunidades, están influidos por factores causales, etc. Lo que los liberales presentan «es una concepción normativa de la persona, una concepción sobre cómo deben ser tratados los individuos para determinados fines»²¹¹². Puede ser que en ocasiones se emplee un lenguaje indicativo (“la persona es autónoma”), pero es evidente que esto es sólo una forma de expresión, en aras de la simplicidad, que encierra un sentido normativo más amplio y que no desconoce la complejidad que a ella subyace.

Cuando se subraya el valor de la autonomía en la concepción liberal de la persona se hace desde un punto de vista valorativo que estima que la capacidad de decisión sobre su vida es un rasgo que el Estado debe reconocer inexcusablemente a todos los individuos por igual para tratarlos correctamente y cuya importancia está por encima de otras circunstancias, como su condición de miembro de una familia, de una iglesia, de una

²¹¹² NINO C.S., *Ética y derechos humanos*, op. cit., p. 174.

comunidad étnica o con independencia de que persiga estos o aquellos fines en función de su concepción particular del bien. Esta importancia otorgada por los liberales a la autonomía individual, que por otro lado también reconocerían la mayoría de las concepciones particulares del bien como un atributo deseable de los distintos planes de vida humanos, es sustituida por los comunitaristas por otros bienes más específicos (derivados de la tradición o de alguna idea de virtud)²¹¹³. El liberal puede insistir en que la capacidad de autonomía es tan importante como los aspectos más puramente sociales y a la par reconocer, no menos que el comunitarista, que muchos de los intereses más importantes del individuo requerirán de otros miembros de su comunidad para ser alcanzados²¹¹⁴. Pero el acento que pone el liberalismo -o algunas de sus vertientes quizás más perfeccionistas- sobre el valor de la autonomía es en base a su condición de valor objetivo, esto es, no por ser un valor que puede estar presente o no en los planes de vida que los individuos eligen, sino por ser ese mismo valor -el de la autonomía- el presupuesto habilitante para elegir entre cualquiera de esos planes (véase epígrafe “Liberalismo y autonomía: imparcialidad, neutralidad y la viabilidad de un perfeccionismo de la autonomía”).

²¹¹³ Otra cosa será determinar a qué se refieren los comunitaristas cuando hablan de tradición. Un concepto nada claro y confuso. Para MacIntyre, “una tradición con vida es una discusión históricamente desarrollada y socialmente incorporada, que en parte versa sobre los bienes que constituyen esa tradición. Dentro de una tradición la búsqueda de los bienes se desarrolla a través de generaciones, a veces de muchas generaciones”. Lo mantiene y hace fuerte a las tradiciones es el ejercicio de las virtudes: “las virtudes encuentran su fin y propósito, no sólo en mantener las relaciones necesarias para que se logre la multiplicidad de bienes internos a las prácticas, y no sólo en sostener la forma de vida individual en donde el individuo puede buscar su bien en tanto que bien de la vida entera, sino también en mantener aquellas tradiciones que proporcionan, tanto a las prácticas como a las vidas individuales, su contexto histórico necesario”. MACINTYRE A., *Tras la virtud*, op. cit., p. 274. Caracterizaciones como estas le hacen a autores como Carlos Thiebaut preguntarse si MacIntyre no está confundiendo la noción de tradición con la más limitada de “escuela” (como escuela de pensamiento) y si es así, “¿cuáles serían los criterios de definición y de aplicación de esa noción de escuela? En efecto, una sospecha ante la idea de tradición que MacIntyre nos presenta es que tanto sus fronteras como, consiguientemente, la inconmensurabilidad entre diversas tradiciones es cuestión de grado. (...) ¿A qué hemos de llamar, entonces, tradición, y cuáles son los grados de inconmensurabilidad entre tradiciones, escuelas y estilos?”. THIEBAUT C., *Los límites de la comunidad*, op. cit., p. 113.

²¹¹⁴ Otra cosa distinta es la crítica que le hacen a los liberales de que los valores que defienden tienen que ver con derechos estrictamente individuales. Pero el liberalismo, con algunos matices, también entendería que valores individuales como la autonomía o la libertad pueden ser también protegidos a través de derechos colectivos. Es la opinión por ejemplo de Juan Antonio Cruz Parceró cuando señala que “el error de muchas de las presentaciones de la teoría liberal consiste en que asumen esta confusión entre valores y derechos individuales. Y esto les obliga a negarle importancia a otras consideraciones morales que pueden ser importantes. También se niegan a aceptar que algunos derechos colectivos puedan ser compatibles con una posición liberal. (...). Algunos derechos colectivos podrían servir a una concepción liberal, es decir, servir a valores liberales. Rechazar por razones conceptuales esta posibilidad es uno de esos errores graves a que llevan algunas confusiones conceptuales. Creo que algunos autores han podido mostrar cómo algunos derechos colectivos pueden ayudar a proteger la autonomía del individuo”. CRUZ PARCERO J.A., “Conversación con Juan Antonio Cruz Parceró”, en *Nuevas Fronteras de Filosofía Práctica*, núm. 2, febrero 2014, p. 79.

De ahí lo importante de entender, desde la perspectiva liberal, la autonomía de los individuos como la condición de posibilidad para la elección y materialización de cualquier plan de vida. El error de buena parte de los comunitaristas consiste en considerar a la autonomía como un plan de vida más entre otros planes de vida posibles, y no como la capacidad para elegir entre cualquiera de ellos. El sujeto moral caracterizado por los liberales es *normativo* en el sentido de que es anterior a los planes de vida que elija, a cualquier concepción de lo bueno. No es una descripción de cómo son los sujetos individuales realmente, sino de cómo deben ser considerados en atención a su autonomía. Como recuerda Rodolfo Vázquez, «lo que el liberalismo kantiano defiende no es una concepción descriptivista de la persona moral, sino una normativista, es decir, una concepción no preocupada por cómo *son* los individuos en sí mismos y en sus relaciones comunitarias, sino por cómo *deben* ser tratados los individuos»²¹¹⁵.

Tampoco es real el ‘sujeto comunitarista’, que aparece como algo trascendente al individuo, como una realidad metafísica, «para el que la vinculación familiar y grupal y la participación en ciertos roles y prácticas sociales determinan formas de bien constitutivas de su identidad. Que todo ese conjunto de factores que configuran nuestra biografía y situación en el mundo, desde nuestro lenguaje y su sistema de significados hasta nuestras más concretas vinculaciones afectivas y rasgos caracterológicos, intervienen en nuestras elecciones y juicios sobre el bien, en los compromisos que asumimos y los planes de vida que nos proponemos es algo que ningún liberal niega; que esos factores determinen de manera inmediata y definitiva nuestra idea de quiénes somos y de qué es bueno para nosotros es algo que la propia sociedad que nos rodea desmiente rotundamente»²¹¹⁶.

Los autores comunitaristas consideran que sus análisis dan mejor razón del conjunto de ideas y valores modernos y de su articulación en toda sociedad. Ideas y valores que habrían sido dejados de lado por la tradición liberal y que ahora sería preciso recuperar. Pero el concepto denso de comunidad que manejan los comunitaristas olvida que «la complejidad moral, social y cultural de las sociedades modernas -la insuperable pluralidad y simultaneidad de lenguajes morales no idénticos- hace inevitable formas reflexivas de asunción de valores y normas, formas que por su parte están en el centro

²¹¹⁵ VÁZQUEZ R., *Liberalismo, Estado de derecho y minorías*, op. cit., p. 121.

²¹¹⁶ COLOMER J.L., *Libertad individual y límites del Derecho*, op. cit., p. 202.

mismo de la propuesta normativa de la modernidad»²¹¹⁷. Con ello se hace hincapié en el carácter irrevocable que han adquirido ya las nociones liberales de tolerancia, de neutralidad del Estado ante la pluralidad de éticas privadas o de la autonomía como atributo inexcusable de todo individuo y fuente indiscutible de su dignidad. Estos consagrados postulados del liberalismo apuntan a una complejidad social de las sociedades contemporáneas que induce -como señala Thiebaut- a formas reflexivas de asunción de valores y que requiere una comprensión también compleja de los individuos y de su condición de seres morales. Nada que ver con la simplicidad y la tendencia homogeneizadora a la que tienden los comunitaristas. Las formas complejas de la subjetividad moderna y las formas igualmente complejas de los sistemas sociales de interacción requieren para su comprensión, así mismo, de teorías más complejas que se alejan de los reduccionismos que impone la noción comunitarista.

El proceso por el que el ser humano toma sus decisiones y vive su experiencia moral se asemeja hoy más al modelo pensado por el liberalismo que al predicado por el comunitarismo. El modo en que el individuo se relaciona con sus fines -dándoselos él mismo, capaz de elegirlos y pudiendo rechazarlos- se acerca más al modo de operar del sujeto moral kantiano que el propuesto por la concepción comunitarista, que lo ata directa y necesariamente a sus roles y a los valores de la comunidad a la que pertenece. El liberalismo -por muy descarnado que fuera- no despoja al individuo de su contexto en las elecciones autónomas que adopta. Afirmar la autonomía del individuo no equivale a afirmar un marco de elecciones en abstracto o ajeno a contextos e historias personales. La autonomía liberal no desconoce la incidencia de nuestros valores y tradiciones en la formación del abanico de elecciones disponibles. Esta es la importante dimensión relacional de la autonomía a la que se ha referido Silvina Álvarez: la condición de independencia de la autonomía no requiere que nuestras preferencias, para considerarlas como propias, deban configurarse fuera del sujeto, sino que se hallan definido, escogido y querido para sí. La independencia que se predica de nuestras decisiones autónomas en este sentido tiene «un aspecto externo en la medida en que nos habla de la posición que el sujeto ocupa respecto de su entorno y del tipo de relación que tiene con las personas con las que interacciona», es decir, nuestras elecciones autónomas toman en cuenta «el contexto y las relaciones, el trasfondo de significado del que se nutre la capacidad

²¹¹⁷ THIEBAUT C., *Los límites de la comunidad*, op. cit., p. 13.

emocional, cognitiva y conductual de la persona»²¹¹⁸. Nadie dudaría que nuestras decisiones se encuentran marcadas y mediadas por numerosos aspectos de nuestro entorno que nos vienen dados y que, como tales, no los podemos revisar ni modificar y que irremediamente son incorporados en nuestro proceso reflexivo. El sujeto liberal no está desvinculado de su entorno, pero toma distancia respecto de él, para poderlo rechazar, cuestionar o integrarlo en sus decisiones. Ser independiente no es estar aislado de lo que nos rodea, sino poder ponerlo en valor sin renunciar a nuestra propia condición de sujetos autónomos. Nuestras decisiones no nos vienen fijadas o impuestas por el entorno, sino que somos nosotros mismos los que reflexivamente comprendemos que el entorno marca y delimita nuestras opciones relevantes. La descripción que hacen los comunitaristas de la autonomía liberal como independencia desconoce que ésta «encierra una importante dimensión relacional. Ser independiente no es apartarse o aislarse de los demás, sino más bien lo contrario: tomar en consideración el entramado de relaciones en el que nos desarrollamos para poder posicionarnos, definirnos y decidir cuál es nuestra propia disposición en ese marco»²¹¹⁹.

Este es uno de los puntos que cree Daniel Bell que más han influido en la modificación de la postura liberal. Para él dónde más se ha dejado ver el impacto de la crítica comunitarista es en la idea que ahora mantienen los liberales de que lo importante no es elegir únicamente nuestros propios planes de vida o pensar en nosotros mismos como libres de compromisos y lazos sociales, como tradicionalmente habían postulado²¹²⁰. Para salvar el valor de la autodeterminación los liberales ahora habrían pasado a requerir también que nuestros fines puedan ser evaluados críticamente y que, por lo tanto, «ningún fin u objetivo está exento de un posible reexamen»²¹²¹.

La prevalencia de la comunidad frente a los individuos trae como consecuencia el que se conciba la moral como resultado de las circunstancias espacio-temporales existentes y, del mismo modo, que esa moral sea, necesariamente, la que marque la pauta dominante al interior de la comunidad. Ya que es el resultado histórico que se ha ido

²¹¹⁸ ÁLVAREZ S., *La autonomía de las personas. Una capacidad relacional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 44.

²¹¹⁹ ÁLVAREZ S., *La autonomía de las personas. Una capacidad relacional*, op. cit., p. 45.

²¹²⁰ BELL D., *Communitarianism and its critics*, op. cit., p. 9.

²¹²¹ KYMLICKA W., *Liberalism, community and culture*, Clarendon Press, Oxford, 1989, p. 52. Aquí entrarían también las propuestas de Ronald Dworkin en *La Comunidad Liberal* y las de MACEDO S., *Liberal Virtues: Citizenship, virtue and community in liberal constitutionalism*, Clarendon Press, Oxford, 1990, p. 47.

fraguando en prácticas y directrices que dominan la vida moral de sus integrantes. Los individuos, en su existencia, se topan con una moral comunitaria que marca, inevitablemente, sus decisiones y elecciones. De esta forma, frente a la reivindicación por la diferencia, la moral de la comunidad se convierte en el motor de un fuerte proceso de homogenización de los sujetos a partir de los postulados morales que indefectiblemente imperan en la comunidad. En otras palabras, se corre el riesgo de que se dé un proceso de normalización que, por un lado, niegue la diversidad y, por el otro, no le deje al individuo alternativa distinta a la de convertirse en un miembro más dentro de la comunidad. Su personalidad, diferenciada y genuina, producto de la autonomía, se diluye en la de un miembro más del rebaño.

De igual forma, consideran los liberales que la noción densa y homogénea de comunidad a la cual apelan los comunitaristas, desconoce el pluralismo real de las sociedades contemporáneas. El concepto de comunidad que estos manejan no es capaz de explicar ni de dar cobertura a los fenómenos reales que hoy caracterizan a las sociedades complejas, ni tampoco permite derivar de él modelos alternativos de convivencia para las sociedades actuales, en donde se entremezclan múltiples e inconmensurables visiones del buen vivir. De hecho, «la propia historia de las sociedades de Occidentes (sus ‘tradiciones’, en el lenguaje preferido de algunos comunitaristas) ha dado lugar a formas de sociedad bien distintas de las que presume y necesita el modelo comunitarista. Buena parte de las sociedades actuales liberales (y no sólo ellas) se caracterizan por un alto grado de pluralismo étnico, religioso, cultural y moral que hace ilusoria la pretensión de articularse como ‘comunidades fuertes’»²¹²².

Del mismo modo, y esto es lo relevante para nuestro análisis, el comunitarismo, «antes que abrir las sociedades al reconocimiento de las diversas visiones morales, puede cerrarlas con el objeto de proteger su tradición contra los agentes extraños que amenacen “contaminarla” y abrir espacios para la disgregación de la sociedad. Así, la noción de comunidad defendida por los comunitaristas se convierte en sospechosa fuente de intolerancia frente a las perspectivas distintas a las defendidas en su interior»²¹²³. Tal intento se nos presenta no sólo como irreal, sino también como peligroso por la

²¹²² COLOMER J.L., *Libertad individual y límites del Derecho*, op. cit., p. 203.

²¹²³ BONILLA D. y JARAMILLO I.C., “El igualitarismo liberal de Dworkin”, estudio preliminar a DWORKIN R., *La Comunidad Liberal*, trad. de Claudia Montilla, Universidad de los Andes, Colombia, 1996, pp. 32-33. Nótese la similitud de este planteamiento comunitarista con las tesis del *conservadurismo* y de la *desintegración social* aquí estudiadas.

posibilidad que trasluce de intentar redefinir los límites de la comunidad a los de una tradición de contenidos morales sustantivos con los consiguientes resultados de intolerancia, exclusión de los discrepantes o enfrentamientos graves para la coexistencia entre diversos grupos étnicos o culturales que no compartan la moral comunitaria. El riesgo obvio al que se enfrenta una noción tan densa de comunidad como la que maneja el comunitarismo ha sido bien alertado por Carlos Thiebaut:

«Los límites de la comunidad que se convierten en criterio de tal definición pueden ser tan estrechos o tan cerrados que ninguna diferencia, por no decir ya ninguna disidencia, pueda ser tolerada, y ello es más acuciante cuando hablamos de comunidades ya multirraciales, multiétnicas o multiculturales. Los valores de la tolerancia, de respeto a la diferencia, de imparcialidad entre mundos o modos de vida distintos (una característica de importancia crucial en nuestras sociedades modernas) pueden verse en peligro si una comunidad, por mecanismo de defensa o por reafirmación fundamentalista, convierte sus criterios morales sustantivos en los únicos criterios de valoración de un mundo a la vez más plural y más cercano. El riesgo de intolerancia, de xenofobia, etc., es elevado cuando, como sucede en nuestras sociedades desarrolladas, se producen patológicas restricciones a la particularidad. (...) Esos riesgos encuentran cobertura teórica en la concepción homogénea de la comunidad moral fuerte que no se concibe ya como una sociedad compleja cuyo centro moral (como acentuarían todas las filosofías liberales) sería, por el contrario, el individuo que se socializa y transita por pluralidad de mundos de vida»²¹²⁴.

Algunos comunitaristas olvidan que unos miembros de la comunidad están más amenazados que otros por la presión coercitiva que se ejerce sobre ellos dentro de grupos excesivamente homogéneos. Sobre todo cuando se trata de minorías en riesgo de exclusión que no comparten las tradiciones mayoritarias de la comunidad. La historia nos ha enseñado que cuanto más abundantes, diversos y receptivos a la heterogeneidad sean los grupos sociales, en mejor disposición estarán los individuos que los integran para realizar sus proyectos y planes de vida.

4. ¿NECESITA LA TOLERANCIA BASARSE EN JUICIOS MORALES SUSTANTIVOS?

Cuando el Estado prohíbe alguna conducta por ir en contra de una tradición o valor superior de los que el comunitarismo dice proteger, y los principios de daño y ofensa no

²¹²⁴ THIEBAUT C., *Los límites de la comunidad*, op. cit., p. 58.

están obviamente involucrados, entonces la comunidad que restringe tales conductas debe argumentar que ha sido perjudicada de algún modo por las prácticas que condena. Dicho de otro modo, debe demostrar que las formas de conducta no conformes con sus tradiciones son un mal que flota libremente y que el Estado tiene el derecho de prohibirlas. Lo que ocurre es que el liberalismo, tal y como lo hemos venido entendiendo, no puede aceptar como válida esta razón basada en la presunción de que los males que flotan libremente en la comunidad son un daño tan grave para ella que justifica el mal que se le impone al individuo al coartársele su conducta. En muchos casos, los portavoces de la comunidad no pueden alegar que algunos de sus miembros se vean perjudicados de alguna manera por la conducta reprobable de otros. Desde luego que los intereses de la comunidad tienden a ser un tipo de interés muy importante a tener en cuenta cuando entran en conflicto con los intereses individuales, pero tanto estos como aquellos deben ser debidamente ponderados en su justa medida. Y es ahí, cuando los valores de la comunidad y los de la individualidad parecen irreconciliables, dónde «la fuerza moral de los derechos individuales es la decisiva»²¹²⁵.

El tema de la imposición coactiva de la moral social parece estar latente en los postulados comunitaristas. Si el populismo moral era rechazado por Hart por pretender otorgar a la mayoría un derecho a poder decidir cómo debe vivir todo el mundo, para Sandel, en cambio, «en una democracia las mayorías políticas tienen derecho a plasmar sus convicciones morales en forma de ley»²¹²⁶.

Sandel les pide a los que sostienen que el Derecho debe ser neutral entre las diferentes visiones de la vida buena que ofrezcan fundamentos para argumentar su pretensión de imparcialidad. Sandel, al revisar los argumentos más sofisticados que los liberales han aducido al respecto, tomados principalmente de la jurisprudencia norteamericana, comprueba que han sido principalmente dos: por un lado, el argumento “voluntarista”, según el cual el Estado debe ser neutral en respeto a la autonomía de las personas para elegir su concepción del bien; y, por otro, el argumento “minimalista” o

²¹²⁵ FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. IV: Harmless Wrongdoing, op. cit., p. 118.

²¹²⁶ SANDEL M., *Argumentación moral y tolerancia liberal: el aborto y la homosexualidad*, op. cit., p. 171.

“pragmático”, según el cual, como existe desacuerdo entre esas concepciones del bien, el Estado debe ser neutral entre todas ellas para garantizar la paz social²¹²⁷.

En la práctica tanto el argumento de la autonomía individual como el que apela a la neutralidad para garantizar la paz social aparecen mezclados. A pesar de ello, Sandel piensa que ambos argumentos se pueden distinguir y que yerran en el mismo punto: cualquier liberal que defienda la neutralidad por una u otra vía (la voluntarista o la pragmática) entiende que la justicia social requiere que se eviten los juicios particulares sobre la moralidad de una determinada conducta. Esto es un error a juicio de Sandel ya que la justicia de las leyes depende, al menos en parte, de la moralidad o inmoralidad de las conductas que se permiten²¹²⁸. Cuando se aborda la regulación jurídica de cuestiones controvertidas, como las relacionadas por ejemplo con la moral sexual, no se puede evitar o “poner entre paréntesis” el juicio moral que haya que hacer sobre dichas conductas, como pretende la estrategia liberal. Sería un error intentar legislar o sentenciar suspendiendo o poniendo al margen nuestras concepciones morales y religiosas compartidas sobre el bien.

Sandel caracteriza la tolerancia liberal como “no crítica”, ya que defiende cualquier conducta sin tener en cuenta su valor moral. Al no hacer “juicios morales” sobre dichas conductas permite cualquiera de ellas para evitar los desacuerdos irreconciliables que subyacen a cualquier concepción del bien de los ciudadanos²¹²⁹. El problema de esta “tolerancia no crítica” -considera Sandel- es que el prescindir de los juicios morales sustantivos «dificulta una defensa de la tolerancia argumentada con el lenguaje del bien»²¹³⁰. En cambio, una “tolerancia crítica” admite la posibilidad de realizar juicios morales sobre la conducta en cuestión, y en función de lo que resulte de esa valoración se puede permitir o restringir la conducta de acuerdo a su evaluación moral. Ello podría incluso suponer que «una instancia crítica hacia las cuestiones de tolerancia puede a veces

²¹²⁷ SANDEL M., *Argumentación moral y tolerancia liberal: el aborto y la homosexualidad*, op. cit., pp. 172-173. Sandel descarta de antemano tanto el argumento “relativista”, según el cual el Derecho no debe fomentar una determinada concepción del bien porque todas son igualmente válidas, por lo que no hay verdades objetivas que imponer, como el argumento “utilitarista” que defendería la neutralidad del gobierno en base a los niveles de bienestar que se cosecharían a largo plazo.

²¹²⁸ SANDEL M., *Argumentación moral y tolerancia liberal: el aborto y la homosexualidad*, op. cit., p. 172.

²¹²⁹ SANDEL M., “Judgemental Toleration”, en *Natural Law, Liberalism, and Morality: Contemporary Essays*, R.P. George (ed.), Oxford University Press, 2001, pp. 107-112.

²¹³⁰ SANDEL M., *Argumentación moral y tolerancia liberal: el aborto y la homosexualidad*, op. cit., p. 195.

conducir a la intolerancia. Pero en semejantes casos, con tal de que las críticas sean justas, y con tal de que la competencia moral y las consideraciones prácticas sean correctamente sopesadas, la intolerancia estaría justificada»²¹³¹. Rawls -denuncia Sandel- sería un ejemplo de este tipo de tolerancia no crítica porque es capaz de poner entre paréntesis los desacuerdos morales sustantivos a fin de asegurar la cooperación social entre personas libres e iguales.

Pero para Rawls esto no es ningún problema. Al contrario. Es precisamente el deseo de evitar las profundas diferencias entre puntos de vista opuestos lo que motiva una tolerancia razonable entre los ciudadanos democráticos que sostienen doctrinas comprensivas no sólo diferentes, sino irreconciliables. Por la vía de Rawls -que es una vía pragmática o minimalista, achaca Sandel-, los ciudadanos deciden poner entre paréntesis las exigencias sustantivas o la verdad de sus doctrinas comprensivas si con ello se logra un acuerdo que vaya en beneficio de la justicia social. Lo importante es que los políticos o los jueces, al decidir una cuestión, no estén cautivos de las exigencias de las respectivas doctrinas comprensivas que cada uno de ellos abraza en privado. Apelando a una razón pública superior se pretende poner entre paréntesis o evitar los argumentos morales en el foro público, al menos cuando se aplican a cuestiones que involucran desacuerdos en torno a temas sobre los cuales la sociedad está profundamente dividida. Es un acuerdo de mínimos el que anima al consenso por superposición en tanto que trata de «buscar un mínimo común que pueda ser sustentado por los ciudadanos de una cultura democrática»²¹³². En cambio Sandel cree imposible que la argumentación política pueda evitar realizar los juicios morales que quedan comprometidos en las prácticas que se están juzgando. Y ello por la sencilla razón de que la restricción de una determinada práctica implica una evaluación implícita sobre el estatus moral de la misma. La defensa de la tolerancia para Sandel sólo será efectiva si se relaciona con la idea de bien común, demostrando que la conducta que se tolera encarna algún valor moral de peso para la comunidad de referencia.

Los errores que ahora vemos en el caso *Bowers v. Hardwick* se deben precisamente a que se siguió una tolerancia “no crítica” desenraizada de la comunidad en la que dicha decisión iba a surtir efecto. Sandel pone de manifiesto que la historia de las

²¹³¹ SANDEL M., *Judgemental Toleration*, op. cit., pp. 111.

²¹³² THIEBAUT C., *Los límites de la comunidad*, op. cit., p. 203.

sentencias que han contribuido paulatinamente hacia la conformación de un derecho a la privacidad heterosexual revela que dichas decisiones siempre han partido de argumentos sustantivos que expresan lo valioso de los bienes que ese tipo de relación entraña. Al negarse a extender el derecho a la privacidad a los homosexuales, la mayoría de jueces en *Bowers* declaró que ninguno de los derechos relativos a la privacidad tradicionales se parecía a los derechos que buscaban ahora los homosexuales: «Se ha demostrado que no hay conexión entre la familia, el matrimonio o la procreación por un lado, y la actividad homosexual por otro»²¹³³. Cualquier respuesta a esta posición de la Corte debería mostrar -señala Sandel- alguna conexión entre las prácticas que ya están sujetas a la protección de la privacidad y las prácticas homosexuales que aún no están protegidas. Negarse a reconocer este tipo de implicaciones sustantivas como hacen los liberales, es no querer reconocer el verdadero sentido de las decisiones judiciales de la Corte Suprema. Si creemos con los liberales que la neutralidad exige poner entre paréntesis cualquier valoración moral sustantiva a la hora de hacer un juicio, estamos falseando la realidad. Lo que hay que preguntarse es entonces: ¿cuál es la semejanza entre la intimidad heterosexual por un lado y la intimidad homosexual por otro, que hace que podamos entender que ambas intimidades debieran estar protegidas por un derecho constitucional a la privacidad? Es decir, nos debemos preguntar cuál es el contenido sustantivo digno de protección.

Esta pregunta podría responderse, a juicio de Sandel, de dos maneras diferentes: una voluntarista y la otra sustantiva. El primer argumento parte de la autonomía que reflejan las prácticas, mientras que el segundo apela a los bienes humanos que se realizan a través de tales prácticas. La respuesta voluntarista sostiene que las personas deben tener la libertad de elegir sus asociaciones íntimas por sí mismas, independientemente de la virtud o la popularidad de las prácticas que elijan, siempre que no dañen a los demás. Desde este punto de vista, las relaciones homosexuales se asemejan a las relaciones heterosexuales que la Corte ya ha protegido, ya que todas reflejan las elecciones de un yo autónomo.

En contraste, la respuesta sustantiva afirma que mucho de lo que es valioso en el matrimonio convencional también está presente en las uniones homosexuales. Desde este punto de vista, la conexión entre relaciones heterosexuales y homosexuales no es que

²¹³³ *Bowers v. Hardwick*, 487 U.S. 186, 191 (1986)

ambas sean el resultado de una elección individual, sino que ambas realizan importantes bienes humanos. En lugar de depender sólo de la autonomía, esta segunda línea de respuesta pretende hacer ver las virtudes que la intimidad homosexual puede compartir con la intimidad heterosexual²¹³⁴.

De estas dos respuestas que Sandel estima como posibles (voluntarista o sustantiva), los jueces que disintieron del fallo en *Bowers v. Hardwick*, y que defendieron la neutralidad del Estado frente a cuestiones de moral sexual, argumentaron únicamente su postura desde una posición voluntarista (por respeto al valor de la autonomía)²¹³⁵. En lugar de proteger la intimidad homosexual por los bienes humanos dignos de protección que comparten con las parejas heterosexuales, el Juez Blackmun presentó, en su voto disidente, el caso homosexual en términos puramente voluntaristas, y encontró que el derecho a la privacidad heterosexual se debe aplicar igualmente a la pareja homosexual porque «gran parte de la riqueza de una relación provendrá de la libertad que un individuo tiene para elegir la forma y la naturaleza de estos vínculos intensamente personales». El problema no era la homosexualidad como tal, sino el respeto por el hecho de que «diferentes individuos tomarán decisiones diferentes» para conducir sus vidas²¹³⁶.

Sandel rechaza esta forma de defensa, pues al recurrir a la vía voluntarista, y olvidar el contenido sustantivo que encarnan las prácticas sociales y que sería equiparable a otras prácticas de la comunidad que ya encuentran protección, el argumento liberal «infravalora hasta qué punto el discurso constitucional ha llegado a conformar los términos del discurso político en la vida pública estadounidense»²¹³⁷. Sandel trata de argumentar que la noción misma de privacidad que sustentan quienes defienden la posibilidad de realizar prácticas homosexuales sin limitaciones legislativas cuando una mayoría social las rechaza no se puede basar sobre un supuesto derecho en abstracto a la privacidad vacío de contenido. Para Sandel, el reconocimiento del derecho a la privacidad se ha ido produciendo en la jurisprudencia norteamericana a la vez que se iba reconociendo la inocuidad de determinadas prácticas privadas antes censuradas y ahora

²¹³⁴ SANDEL M., *Argumentación moral y tolerancia liberal: el aborto y la homosexualidad*, op. cit., p. 189.

²¹³⁵ SANDEL M., *Argumentación moral y tolerancia liberal: el aborto y la homosexualidad*, op. cit., p. 190.

²¹³⁶ *Bowers v. Hardwick*, 487 U.S. 186, 205 y 206 (1986), Blackmun J., dissenting.

²¹³⁷ SANDEL M., *Argumentación moral y tolerancia liberal: el aborto y la homosexualidad*, op. cit., p. 195.

aprobadas, y no por un reconocimiento en abstracto del derecho a la privacidad independiente de todo contenido. De tal modo que es esa bondad -o su carácter inocuo- de las diferentes prácticas lo que debe contar para aprobarlas o admitirlas en la regulación. En casos como el de la homosexualidad, no podemos “poner entre paréntesis” la discusión de la bondad o maldad de dicho comportamiento y, contra los votos disidentes que como minoría apostaron por la defensa de un derecho a la privacidad en abstracto en *Bowers v. Hardwick*, el argumento de Sandel estaría de parte de la mayoría que resultó vencedora y que vio pertinente realizar consideraciones sustantivas para entender que el derecho a la privacidad no amparaba la realización de prácticas homosexuales.

La postura de Sandel niega que exista alguna especie de libertad en abstracto que otorgue licencia para llevar a cabo cualquier comportamiento. Algunas prácticas no podrían ser susceptibles de ganarse la protección de la ley en cuanto que no aparecen aprobadas o calificadas como bondadosas en el contexto de una comunidad dada.

No hace falta ser comunitarista para afirmar que los valores morales permean nuestras leyes y constituciones, y que muchas de las conductas que éstas permiten o prohíben se corresponden con las correspondientes aprobaciones y vetos morales de la sociedad. Es bastante obvio que los valores y reproches morales de toda sociedad (al menos los compartidos o censurados más o menos de forma mayoritaria) se plasman en los permisos y prohibiciones que se contienen en nuestras leyes. Como diría Taylor, todas las sociedades «están animadas por una determinada idea de bien común que comparten todos sus miembros»²¹³⁸.

El problema aparece, como ya hemos repetido insistentemente, cuando se trata de especificar cuál es ese bien compartido. Podría tratarse de algún valor formal (como la autonomía) como proponen los liberales. Pero, para los comunitaristas, ese bien compartido estaría integrado por prácticas sustantivas que se evalúan en términos morales (como los comportamientos que una comunidad estimara virtuosos). La dificultad de semejante planteamiento surge cuando se presentan determinados comportamientos que la mayoría desaprueba o que no estima virtuosos, quedando la comunidad legitimada para desautorizarlos a través de sus leyes y perseguirlos. En tales casos, Sandel rechaza la neutralidad del poder estatal y apuesta por una argumentación que liga la regulación legal

²¹³⁸ TAYLOR C., “Cross-Purposes: The Liberal-Communitarian Debate”, en *Liberalism and the Moral Life*, Nancy L. Rosenblum (ed.), Harvard University Press, Cambridge, 1989, p. 189.

a los términos de bondad de los comportamientos que la mayoría estima virtuosos. Queda proclamado así el eslogan primordial del comunitarismo de que toda idea de justicia está ligada a una idea de bien común compartido. Pero si esa idea de bien debe regir el entero sistema de convivencia de una sociedad, hemos igualmente de admitir sin vacilar que sus leyes encarnan y protegen esa idea de bien, como Sandel considera que ocurre en la condena de la homosexualidad.

El tipo de tolerancia que defiende Sandel, como vemos, se establece en base a la argumentación moral que depende de nuestras concepciones del bien. Para él, el derecho a la libertad en la vida privada no puede defenderse desde el valor de la elección autónoma de planes de vida, sino desde la valoración positiva que merecen los bienes comprometidos en dicha elección, ya sea el bien de la intimidad, el del amor conyugal o el de la familia. Sandel rechaza la pretensión engañosa de los liberales de promover la tolerancia voluntarista o minimalista (apelando a las ideas de la autonomía o de la paz social ya que los desacuerdos son irresolubles). A Sandel le parece imposible que un *yo* situado pueda desprenderse de los desacuerdos morales sustantivos que le acechan en razón de su concepción del bien para acudir a decidir cuestiones políticas a una instancia en la que no tenga compromisos sustantivos con ninguna de las doctrinas comprensivas encontradas e irreconciliables. Si en Rawls la tolerancia liberal depende de una argumentación moral que se establece a un nivel diferente de las concepciones del bien y que se expresa en los términos de una concepción razonable que cualquier otro semejante pudiera compartir, en Sandel esa imparcialidad no es sólo imposible sino indeseable.

Sandel argumenta a favor de una instancia crítica del juicio moral que proviene de nuestra particular identificación con alguna de las doctrinas comprensivas filosóficas, religiosas o morales que aparecen en cualquier sociedad. Y esto es necesario, ya que son una parte sustantiva de nuestra propia identidad como sujetos morales y, en consecuencia, pueden ser esgrimidas en cualquier debate para defender nuestra posición sin salirnos de los márgenes de la razonabilidad. Sandel considera que no se requiere suspender o poner entre paréntesis las concepciones del bien para entrar a debatir sobre cuestiones de moral sexual o cualesquiera otras. Podemos admitir -sugiere- que la tendencia de nuestros tribunales sea la de poner entre paréntesis las cuestiones morales sustantivas, lo cual hace que sea más difícil defender la tolerancia desde el lenguaje del bien. Pero, tal y como lo

ilustra el caso de la homosexualidad, el intento de encuadrar las cuestiones morales en un punto de vista voluntarista enfrenta dificultades propias. Parece más bien que «la justicia o la injusticia de las leyes contra el aborto y la conducta homosexual tiene algo que ver finalmente con la moralidad o la inmoralidad de las prácticas en cuestión»²¹³⁹.

El objetivo que persiguen comunitaristas como Sandel es el establecimiento de una política del bien común que tome como baremo de juicio moral la moralidad que encarnan las prácticas sociales y las tradiciones. Lo que supondría, cuanto menos, convertir a la moral social en moral crítica (con los riesgos que ya hemos visto que ello entraña). También Kymlicka cree que pueden existir «ciertas prácticas que todos pueden suscribir como base para una política del bien común»²¹⁴⁰. La denuncia de Hart vuelve aquí a ser pertinente y la retoman con fuerza Mulhall y Swift:

«Si la derivación de los principios de la justicia hiciese referencia a concepciones particulares del bien, la primacía atribuida a éstas exigiría de hecho imponer coercitivamente una concepción del bien a personas que podrían tener concepciones diferentes del bien»²¹⁴¹.

Para los comunitaristas, los liberales habrían incumplido su compromiso de independencia ante las diversas concepciones del bien, independencia que les habría permitido supuestamente ser consecuentes con su negativa a imponer jurídicamente pautas de la moral personal. La neutralidad estatal que los liberales defienden no es viable ni deseable porque el Estado debe asumir un papel activo en la promoción de las concepciones de lo bueno arraigadas en las prácticas de la comunidad. El Estado comunitarista «puede y debe alentar a las personas para que adopten concepciones de lo bueno que se adecuen a la forma de vida de la comunidad, y al mismo tiempo desalentar las concepciones de lo bueno que entran en conflicto con ella. Un Estado comunitarista, por lo tanto, es un Estado perfeccionista, puesto que conlleva una valoración social de formas de vida distintas»²¹⁴².

Para los comunitaristas la trampa liberal es evidente. Si, como sabemos, los liberales hacen descansar en el valor de la autonomía el rechazo a la imposición coactiva

²¹³⁹ SANDEL M., *Argumentación moral y tolerancia liberal: el aborto y la homosexualidad*, op. cit., p. 195.

²¹⁴⁰ KYMLICKA W., *Filosofía política contemporánea*, op. cit., p. 250.

²¹⁴¹ MULHALL S. y SWIFT A., *El individuo frente a la comunidad. El debate entre liberales y comunitaristas*, op. cit., p. 76.

²¹⁴² KYMLICKA W., *Filosofía política contemporánea*, op. cit., p. 228.

de concepciones del bien, entonces el liberalismo también contiene una concepción del bien que impone frente a otras, y que la impone incluso frente a quienes no la comparten, al fundar en ella el criterio para la acción legítima del Estado. Esta crítica olvida, sin embargo, que «la autonomía individual no es simplemente una forma de bien específica que pueda alinearse junto a otras como opciones alternativas de vida buena para un individuo. Es fácil darse cuenta de que si pensamos en opciones de vida valiosas como la vida en pareja o la soltería, la vida suntuosa o la austera, la vida retirada o la de amplia actividad social, etc., el bien de la autonomía no aparece como una opción más sino como la posibilidad de evaluar y decidir uno mismo entre esas opciones u otras»²¹⁴³.

Es lo que Mulhall y Swift denominan como una concepción del bien abstracta. Que el Estado liberal pretenda no ser perfeccionista no quiere decir que en su rechazo del perfeccionismo no pueda apelar a determinados valores característicamente liberales. No cabría justificar postura política alguna sin apelar a uno u otro valor (los comunitaristas apelarían al valor de las tradiciones, y los liberales pretenden ensalzar el valor de la autonomía). Por tanto, para justificar una postura política parece preciso apelar a algún tipo de valor (luego habrá que ver qué valores están en mejor posición para justificar la postura). Pero, entonces, parece claro que para justificar una postura de neutralidad no se tiene por qué prescindir de la referencia a todo valor. La neutralidad, como cualquier otra postura política, también invocará algún valor:

«La exigencia de neutralidad que reclama el antiperfeccionismo no da por sentado que pueda o deba justificar su postura sin hacer referencia a un tipo de valores. La única neutralidad que reclama se reduce a su creencia de que el Estado no debe actuar basándose en juicios sobre el valor que corresponden a las concepciones específicas del bien que sustentan sus ciudadanos, que ha de ser neutral, en términos de exclusión, entre los valores y formas de vida que puedan escoger concretamente sus ciudadanos. Puede estar dispuesto a reconocer que la justificación de esta postura reside en su compromiso con uno de los valores clásicos del liberalismo, por ejemplo, el valor de la autonomía del individuo, la importancia de que la gente sea libre de escoger por sí misma su forma de vida»²¹⁴⁴.

Es decir, lo que los liberales están proponiendo, frente a la crítica del comunitarismo, es que, de los dos sentidos en que cabe hablar de una concepción del bien,

²¹⁴³ COLOMER J.L., *Libertad individual y límites del Derecho*, op. cit., p. 204.

²¹⁴⁴ MULHALL S. y SWIFT A., *El individuo frente a la comunidad. El debate entre liberales y comunitaristas*, op. cit., pp. 334-335.

ellos se comprometen con la primera, mientras que los comunitaristas -al abrazar el segundo sentido- se habrían convertido en perfeccionistas: que una concepción del bien sea abstracta o general se refiere a que podría conceder una importancia fundamental a la capacidad humana de la autonomía sin especificar en qué se deba materializar el fruto de esas elecciones autónomas; en un segundo sentido, la concepción del bien sería más concreta, refiriéndose a cómo hemos de vivir y hace referencia a la autonomía que se deriva de las opciones específicas que se elijan (la autonomía que aparece al elegir una determinada carrera profesional, un credo religioso o una asociación a la que dedicar nuestro tiempo libre). Lo que los liberales habrían propuesto sería una concepción del bien en el primer sentido, pero manteniéndose neutrales respecto de las concepciones del bien en el segundo sentido de la expresión. El rechazo liberal a adoptar decisiones sustantivas sobre las concepciones del bien de sus ciudadanos se refiere al segundo sentido. Su rechazo del perfeccionismo no impide afirmar que, en el primero de los sentidos, el bien de las personas consiste en hacer elecciones autónomas (cualesquiera que éstas sean-segundo sentido). Esto es ser neutral para el liberalismo: apostar por la autonomía de los individuos para elegir planes de vida fruto de sus decisiones personales, absteniéndose el Estado de realizar juicios sobre el valor de las opciones concretas que elijan los ciudadanos (segundo sentido). Por consiguiente, parece que «no hay incoherencia alguna en que un liberal antiperfeccionista defienda que el Estado ha de mantener una determinada forma de neutralidad y, al mismo tiempo, justifique esa neutralidad apelando a un valor»²¹⁴⁵. Sólo defendiendo la neutralidad entre todas las opciones es posible el respeto de la autonomía para elegir entre todas ellas.

Pero ello requiere que se estime a la autonomía como una concepción del bien más (abstracta, si se quiere), o como un valor más, entre los posibles para justificar una postura política. La justificación de la postura política del liberalismo como neutralidad se mueve en el primer nivel: es ahí donde se apela al valor de la autonomía para, precisamente, garantizar el respeto por todas las concepciones del bien que los ciudadanos elijan en el segundo nivel. La neutralidad del Estado liberal no es inmune a los valores sustantivos, sino que también parte de un valor como el de la autonomía para justificar su postura. La diferencia con los comunitaristas es que la apelación a los valores para fundamentar su postura política se encuentra para estos en el segundo nivel: lo valioso de

²¹⁴⁵ MULHALL S. y SWIFT A., *El individuo frente a la comunidad. El debate entre liberales y comunitaristas*, op. cit., p. 335.

la neutralidad para los liberales es por su capacidad para permitir que los ciudadanos, en mor de su autonomía, elijan cualquier plan de vida; lo relevante para los comunitaristas es que sólo son deseables aquellos planes de vida que engarzan con el valor de la comunidad, por lo que en el primer nivel es ilusoria la neutralidad y lo que se deben fomentar son planes de vida que estrechen los lazos del individuo con su comunidad.

También los comunitaristas pasan por alto que las prácticas sociales históricamente arraigas en muchas comunidades son continuas fuentes de discriminación por razón de raza, género, religión u orientación sexual. No parece que una moralidad social de este tipo sea la base más adecuada para fundamentar una moralidad crítica. Se podría plantear la duda de que, o bien cualquier tradición por el mero hecho de pertenecer a la moralidad de la comunidad deba ser impuesta, o bien sólo los valores morales de las democracias desarrolladas en las que están pensando los comunitaristas deben formar parte de la comprensión compartida del bien común.

La noción densa de identidad que maneja el comunitarismo hace olvido de la complejidad y particularidad que caracteriza a las sociedades contemporáneas. Y son esos rasgos, precisamente, los que destapó la modernidad y legó para nuestra cultura democrática. Los desacuerdos crecientes -e incluso irresolubles- entre creencias particulares, valores en conflicto, religiones y demás proyectos de identidad personal, lejos de poder encajar en los moldes de una identidad comunitaria (por muy fuerte y lleno de contenido que sea el concepto identitario), añaden un grado de dificultad de los modos en los que una sociedad se comprende a sí misma y comprende, a su vez, las distintas experiencias personales que ocurren en su seno. De ahí que la modernidad legara un lenguaje que permite establecer dichas diferencias, arrojando una complejidad que ya es hoy insalvable: las diferencias público y privado, lo ético y lo político, revelan esa discontinuidad entre ambos espacios que los comunitaristas desean disolver. Por insatisfactorias o confusas que se presenten a veces esas distinciones, o por más deseable que sea la continuidad e integración entre ambas esferas, si bien no son compartimentos estancos, tampoco puede descuidarse el hecho de que la separación de ambos “mundos” (con sus consiguientes lenguajes) nace como consecuencia de reconocer la pluralidad de creencias y nociones del bien. Esa es la fuerza del valor de la tolerancia que subyace al proyecto liberal.

5. EL LIBERAL INTEGRADO EN SU COMUNIDAD.

Me gustaría acabar este capítulo haciendo referencia a algunos frutos que nos ha legado el comunitarismo en su forma de republicanismo cívico y culturalismo liberal. Ambas corrientes han sabido asimilar en sus planteamientos ese deseo de continuidad entre ética y política anhelado por los comunitaristas. Aunque tanto el republicanismo como el culturalismo mantienen perfiles propios y cuentan entre sus filas con autores distintos a los puramente comunitaristas, presentan indudablemente puntos de contacto con los postulados de estos.

El culturalismo liberal, por su parte, intenta compatibilizar los valores propios de la tradición liberal (libertad, igualdad, autonomía) con la importancia del entorno cultural del sujeto. Autores como Raz o Kymlicka, calificados en ocasiones como liberales comunitaristas, buscan adaptar el discurso liberal a las reivindicaciones de carácter identitario y al lenguaje de las minorías culturales. El perfeccionismo liberal de Raz o los derechos en función del grupo de Kymlicka parten del dato ineludible de la pertenencia a una comunidad como paso previo de la autonomía de los individuos. La sociedad liberal lo es porque, aunque parezca una tautología, enmarca los valores liberales en el contexto cultural en el que son vividos.

Raz y Kymlicka asumen que el marco comunitario dota de sentido y significado a nuestras elecciones autónomas. Raz reconoce que «sólo a través de la socialización en una cultura podemos canalizar las opciones que dan sentido a la vida»²¹⁴⁶. Es el marco cultural que heredamos el que provee nuestro contexto de elección. Las opciones que tenemos ante nosotros, y que en mor de nuestra autonomía podemos elegir, dependen de nuestra pertenencia a una cultura. La cultura determina el abanico de opciones y «permite una elección individual significativa»²¹⁴⁷.

Recordemos que Raz postula un perfeccionismo liberal que estima que la vida autónoma es valiosa sólo si se encamina a la persecución de proyectos y relaciones humanas aceptables y valiosas (ver apartado anterior sobre “Perfeccionismo” en este mismo capítulo). El principio de autonomía exigiría que los gobiernos sean capaces de crear las oportunidades moralmente valiosas entre las que los ciudadanos puedan elegir

²¹⁴⁶ RAZ J., *La ética en el ámbito público*, trad. M^a Luz Melón, Gedisa, Barcelona, 2001, p. 192.

²¹⁴⁷ KYMLICKA W., *Liberalism, community and culture*, op. cit., p. 197.

y, paralelamente, eliminar las reprobables. Para Raz «el objetivo de toda acción política es posibilitar que los individuos persigan concepciones válidas del bien y disuadirles de las malas o vacías»²¹⁴⁸. Raz asume en este punto una postura claramente cercana a las filas del comunitarismo, al sustentar una concepción del bien necesariamente vinculada a las culturas comunitarias particulares de las que las personas forman parte. Así para Raz, el bien de un individuo depende en gran medida del éxito en objetivos y actividades socialmente definidas. Raz establece una conexión necesaria entre los fines que podemos proponernos, y así lo que puede ser valioso para nosotros, y las *formas sociales*²¹⁴⁹ que configuran el marco en el que actuamos y que da sentido a esos fines. Una vez establecida esta dependencia, cabe sostener que algo puede llegar a ser bueno o valioso para alguien (esto es, convertirse en un fin para él) «sólo si está fundado en formas sociales»²¹⁵⁰.

Para Kymlicka, algo más distanciado de la veta perfeccionista de Raz, el valor de la autonomía individual incorpora cuestiones que tienen que ver con la pertenencia del sujeto en su comunidad. Las elecciones significativas del individuo parten del reconocimiento del contexto cultural en el que se adoptan. Kymlicka se aleja del comunitarismo al reconocer la posibilidad de revisión por parte del individuo de esa herencia cultural o cuando rechaza que la vida de los miembros de una nación esté basada en algún tipo de tradiciones o costumbres homogéneas. Sin embargo sí acepta que la cultura «proporciona a la gente un contexto de elección significativo, sin limitar su capacidad para cuestionar determinados valores o creencias»²¹⁵¹.

El programa del culturalismo liberal reinterpreta la teoría liberal adicionándole lo relevante que es el entorno social para ejercer nuestra autonomía. Si bien asume la importancia del contexto para dotar de significado a nuestras elecciones, no desconoce la posibilidad de examinar y rechazar ese marco en prioridad de la libertad individual. El valor de la comunidad es instrumental al valor de la autonomía, y los liberales comunitaristas solo reconocen el valor de aquella en tanto que favorezca el desarrollo de la segunda. Tiene sentido proteger la herencia cultural de la comunidad si ella fomenta la posibilidad de que los individuos realicen elecciones significativas. Si la comunidad

²¹⁴⁸ RAZ J., *The Morality of Freedom*, op. cit., p. 133.

²¹⁴⁹ Por “formas sociales” entiende Raz “la percepción pública de formas sociales comunes de acción, cada una de las cuales posee la riqueza y complejidad interna que la convierte en un posible fin personal comprensivo”, RAZ J., *The Morality of Freedom*, op. cit., pp. 309-310.

²¹⁵⁰ RAZ J., *The Morality of Freedom*, op. cit., pp. 309-310.

²¹⁵¹ KYMLICKA W., *Ciudadanía Multicultural*, op. cit., p. 132.

coarta la autonomía individual no habrá nada venerable digno de heredarse. Por eso el culturalismo liberal siempre antepone el individuo a la comunidad y le otorga al sujeto la posibilidad, siempre abierta, de revisar críticamente sus fines y planes de vida con autonomía propia y sin la opresión de la homogeneidad anhelada por el comunitarismo. Se protege la cultura, pero si esta es respetuosa con los valores liberales.

La otra vertiente que ha salido victoriosa de la polémica liberal comunitarista, decíamos, ha sido la del republicanismo cívico. Algunos de los caracteres propios de la actual recuperación de la corriente republicana entroncan con los postulados del comunitarismo. Este republicanismo parte de una tradición de pensamiento que ensalza el papel activo del ciudadano y su protagonismo en la participación política. Autores típicamente comunitaristas como Sandel, Taylor o MacIntyre creen que el republicanismo es la materialización concreta de algunas de sus propias tesis. De esta forma sería posible articular un discurso común entre comunitaristas y republicanos que coincidirían en criticar el escaso peso que el liberalismo ha concedido a la sociedad civil. También ambas corrientes tendrían en común el rechazo de las tesis propias del individualismo liberal, entendiendo que las sociedades contemporáneas necesitan de un ciudadano no aislado ni egoísta, sino participativo y comprometido con su comunidad. Para ello se hace preciso forjar lealtades y encarnar valores tales como la fraternidad y la solidaridad que se han pasado por alto en la tradición liberal. Las reivindicaciones del patriotismo encuentran aquí buenos canales para vehiculizarse a través de las propuestas del republicanismo cívico.

Siguiendo la tradición de pensamiento de autores clásicos como Cicerón o Tito Livio²¹⁵², rescatando de forma prominente la figura de Maquiavelo²¹⁵³, pasando por los

²¹⁵² LLANO ALONSO F.H., *El gobierno de la razón: la filosofía jurídico-política de Marco Tulio Cicerón*, Aranzadi, Navarra, 2017. El capítulo segundo y tercero lo dedica Fernando Llano al estudio del pensamiento republicano ciceroniano y su influencia en la historia de la civilización occidental, desde el Renacimiento hasta los orígenes de la tradición liberal constitucionalista. Para ello, resulta de interés comprobar la influencia de Cicerón tanto en la historia del constitucionalismo inglés (pp. 97-116) como en los Padres Fundadores norteamericanos (pp. 117-120).

²¹⁵³ Pocock, en su importante *El Momento maquiavélico*, destaca la importancia que tiene la figura del politólogo renacentista italiano para la tradición republicana: “Mi punto de partida de la reactivación (*revival*) del ideal republicano por los humanistas cívicos suscitó el problema de la sociedad por el que la naturaleza política del hombre, tal y como la había descrito Aristóteles, debía alcanzar su plenitud en el contexto de una concepción cristiana del tiempo que negara cualquier realización mundana y secular (...). Debe abordarse el problema de la existencia de la república en el tiempo, y éstos fueron también los instrumentos de los que se sirvieron los florentinos del primer cuarto del siglo XVI -y particularmente Maquiavelo- para explorar el tema que aquí se presenta, lo que confiere a su pensamiento un carácter

argumentos de los republicanos ingleses del siglo XVII John Milton, Algernon Sidney y sobre todo James Harrington²¹⁵⁴ y recuperando la filosofía política de los federalistas norteamericanos como Jefferson o Madison²¹⁵⁵, el actual republicanismo aboga, en términos generales, por una mayor participación de los ciudadanos en la vida política, la recuperación de algunas virtudes clásicas y la necesidad de educar en ellas y, frente a la berliniana libertad negativa propia del liberalismo, se reivindica la libertad positiva entendida como no dominación:

«La libertad como no-dominación nos exige reducir las capacidades de interferencia arbitraria a que una persona está expuesta, en tanto que la libertad como no-interferencia nos exige minimizar las expectativas de interferencia de la persona en cuestión. Pero eso significa que mientras el ideal de la no-dominación tenderá a exigir condiciones de elevada certidumbre, la no-interferencia admitirá muchas pérdidas para este frente»²¹⁵⁶.

No es pertinente ahora detenerse en el estudio que necesitaría el análisis del republicanismo. Tan sólo quiero dejar constancia de las conexiones que mantiene con el comunitarismo, en especial a lo que atañe a nuestro trabajo sobre sus puntos de fricción con el liberalismo. Si el comunitarismo había criticado la desvinculación del contexto social a la que los liberales habían arrojado a los individuos, el republicanismo asumirá esa óptica de un *yo* incardinado en su comunidad. Que la naturaleza humana sea esencialmente social es un postulado que tanto republicanos como comunitaristas compartirían²¹⁵⁷. Es más, el republicanismo, en esa búsqueda de una mayor participación del individuo en los asuntos públicos, piensa que, como exigen los comunitaristas, las gentes tienen que ser capaces de identificarse con un Estado que promueva una libertad como no-dominación²¹⁵⁸. También comunitaristas y republicanos coincidirían en resaltar un ideal de ciudadano que entronca con las virtudes clásicas del patriotismo:

ciertamente reseñable”. POCOCK J.G.A., *El Momento maquiavélico*, trad. de Marta Vázquez Pimentel y Eloy García, Tecnos, Madrid, 2002, p. 77.

²¹⁵⁴ DORADO PORRAS J., *La lucha por la Constitución: las teorías del Fundamental Law en la Inglaterra del siglo XVIII*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2001, p. 361.

²¹⁵⁵ SÁNCHEZ-CUENCA I. y LLEDÓ P. (eds.), *Artículos federalistas y antifederalistas. El debate sobre la Constitución americana*, trad. de Pablo Lledó, Alianza Editorial, Madrid, 2002. Por su parte Fernando Llano, al concluir su tercer capítulo sobre la tradición ciceroniana, también reconoce que “el republicanismo norteamericano, pese a sus diversas facetas y vertientes, siente una común admiración por la constitución de la Roma republicana, su modelo de *virtus* cívica y el concepto de *libertas*”. LLANO ALONSO F.H., *El gobierno de la razón: la filosofía jurídico-política de Marco Tulio Cicerón*, op. cit., p. 120.

²¹⁵⁶ PETTIT P., *Republicanismo*, trad. de Toni Doménech, Paidós, Barcelona, 1999, p. 119.

²¹⁵⁷ BÉJAR H., *El corazón de la república*, Paidós, Barcelona, 2000, p. 17.

²¹⁵⁸ PETTIT P., *Republicanismo*, op. cit., p. 355.

«La *patria* entendida como *respublica* debe exaltar un tipo de amor, es decir, *pietas* o *caritas*, que puede ser traducido como ‘respeto’ y ‘compasión’. Ésta era la otra característica principal del patriotismo republicano romano. Los ciudadanos deben a su patria, según la exhortación típica, un amor benevolente similar al afecto que sienten por sus padres y familiares, un amor que se expresa en actos de servicio (*officium*) y cuidado (*cultus*). *Pietas* y *caritas* no implican codicia (*cupiditas*), ni ningún deseo de poseer en exclusiva el objeto de nuestro amor o de nuestro deseo; son, al contrario, generosas afecciones que van más allá de la familia a la república y comprenden a todos los ciudadanos. Para el ciudadano virtuoso, *pietas* es parte de los deberes que la justicia le impone; es la forma específica de comportarse justamente con la patria de uno mismo. Y también es la particular pasión que mueve a los ciudadanos a realizar actos benevolentes y de servicio no sólo para sus padres y parientes, sino también para la república»²¹⁵⁹.

También MacIntyre, en su intento contramoderno de restaurar la tradición clásica, coincidió con ese republicanismo que pone el acento en la defensa del patriotismo, ya que la lealtad al país, a la comunidad, es una virtud primordial inalterable²¹⁶⁰. También la vertiente más republicana de Taylor se deja ver en materia de patriotismo. Para él, lo que en las repúblicas resulta determinante es que estén animadas por una idea de bien común que todos comparten:

«El vínculo de solidaridad con mis compatriotas en una república en funcionamiento está basado en un sentido de destino compartido, donde el mismo compartir es valioso»²¹⁶¹.

Sandel, más que de patriotismo, prefiere hablar de un sentimiento, como el de solidaridad, que se encuentra en su base pero que es más noble y menos peligroso que el ideal patriótico, a veces confundido con los nacionalismos. De hecho, pone entre interrogantes que el patriotismo sea una virtud²¹⁶². En cambio, la solidaridad sí puede forjar las lealtades que refuercen los vínculos del individuo tanto con su propio país como con los extranjeros:

«Las obligaciones de la solidaridad y de ser parte de algo apuntan tanto hacia fuera como hacia dentro. Algunas de las responsabilidades especiales que dimanar de las comunidades donde en particular habito puede que las tenga ante quienes son miembros de ellas como yo. Pero otras las tengo ante aquellos con los que la historia de mi comunidad ha sido moralmente insufrible, como ocurre con la relación de los alemanes con los judíos y de los estadounidenses blancos con los

²¹⁵⁹ VIROLI M., *Por amor a la patria. Un ensayo sobre las diferencias entre el patriotismo y el nacionalismo*, trad. de Patrick Alfaya McShane, Deusto, Barcelona, 2019, p. 37.

²¹⁶⁰ MACINTYRE A., *Tras la virtud*, op. cit., p. 312.

²¹⁶¹ TAYLOR C., *Argumentos filosóficos. Ensayos sobre el conocimiento, el lenguaje y la modernidad*, trad. de Fina Birulés, Paidós, Barcelona, 1997, p. 248.

²¹⁶² SANDEL M., *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, op. cit., p. 259.

afroamericanos. Las peticiones de perdón y las reparaciones colectivas por las injusticias históricas son buenos ejemplos del modo en que la solidaridad puede crear responsabilidades morales hacia comunidades que no son la mía. Enmendar las malas acciones que mi país cometió en el pasado es una manera de reafirmar mi vinculación con él.

A veces la solidaridad puede darnos razones especiales para criticar a nuestra propia gente o las acciones de nuestro gobierno. El patriotismo puede conducir al disenso»²¹⁶³.

En línea similar se sitúa Walzer, para quien el entendimiento que tienen las personas de sí mismas, o cuando se consideran parte de un territorio o miembros de una comunidad, proviene de la cultura a la que se pertenece. Es la cultura la que dota de significados a nuestra identidad²¹⁶⁴. Para Walzer, esas lealtades compartidas permiten que los miembros se identifiquen con la comunidad de la que forman parte, que se sientan partícipes de un proyecto común:

«Nunca ha existido una comunidad política que no cumpliera, o intentara cumplir o afirmara cumplir, las necesidades de sus miembros tal y como sus miembros entienden esas necesidades. Y no ha existido nunca una comunidad política que no comprometiera su fuerza colectiva (...) en este proyecto (...). Quiero hacer énfasis en el sentido en que toda comunidad política es un Estado de beneficencia (...). Sin un sentido compartido de la obligación y los deberes no existiría comunidad política alguna en absoluto y tampoco ninguna seguridad ni bienestar; así, la vida de los hombres sería ‘desolada, pobre, mezquina, cruel y corta’»²¹⁶⁵.

Incluso un liberal como Nino también reconoció la importancia del valor del patriotismo, avisando a su vez tanto de los riesgos de un nacionalismo exacerbado como de los peligros de un liberalismo que no admita la fuerza del patriotismo para forjar lealtades nacionales:

«El patriotismo bien podría ser la virtud moral por excelencia, porque sin un fuerte vínculo con una determinada comunidad una persona no florecerá como agente moral. Verdad es que el patriotismo es una posición moralmente peligrosa por cuanto no permite la crítica de ciertos aspectos centrales de la comunidad tomada en cuenta, particularmente de aquello que es parte del proyecto que constituye una nación. Pero también el liberalismo es moralmente peligroso por cuanto priva a la gente -y especialmente a ciertos grupos, como el militar- de la motivación para

²¹⁶³ SANDEL M., *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, op. cit., pp. 265-266.

²¹⁶⁴ WALZER M., *Guerra, política y moral*, trad. de Tomás Fernández Aúz y Beatriz Eguibar, pról. de Rafael Grasa, Paidós, Barcelona, 2001, p. 11.

²¹⁶⁵ WALZER M., *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, op. cit., p. 78.

ser moral que va asociada al hecho de ver nuestra vida como una narración actuada dentro de la cual es una parte esencial nuestra condición de miembros de una comunidad»²¹⁶⁶.

Parece que el comunitarismo acierta en el blanco al poner de manifiesto la importancia de la moralidad del patriotismo como sentimientos y mecanismos que fortalecen, y explican, los vínculos de un individuo con la comunidad. El liberalismo habría errado el tiro al no tomar en cuenta que las reglas morales se aprenden en un determinado contexto social que les confiere su alcance y contenidos concretos; que los bienes más apreciados que las normas morales encarnan están conectados con la historia y con la vida social; que los bienes morales que reciben la sanción del Derecho y se transforman en bienes jurídicos protegidos proceden, pues, de sistemas morales compartidos en el seno de una comunidad; que fuera de una comunidad, por amplia que ésta fuera, el lenguaje moral de un individuo pierde su trasfondo de referencia; que el discurso moral se construye en torno a las nociones admitidas y compartidas por la comunidad de sujetos morales. La única vía posible de justificar una concepción normativa de persona -como hemos visto que es la del liberalismo- es aceptando que esa concepción está inserta en nuestro discurso moral, y que todos los participantes en esa práctica compartimos y reconocemos esa concepción como tal. Es decir, que todos los miembros sabemos a lo que nos estamos refiriendo cuando hablamos de la concepción normativa de persona como una construcción discursiva. Como discurso moral dirigido a lograr consensos, asumimos que la gente que participa en él es capaz de seguir esa concepción normativa como capacidad para elegir sus fines y actitudes sobre la base exclusiva de razones dadas en el contexto de ese discurso (por ejemplo, reconocimiento objetivo del valor de autonomía personal). Si esas razones se tambalean, si el lenguaje moral deja de ser compartido, el consenso será inviable. Quienes participan en el discurso se comprometen, entonces, a guiar sus razonamientos y comportamientos por las reglas y principios implícitos en esa discusión.

Pero no sólo desde las filas comunitaristas se ha resaltado la importancia que tienen para los individuos los lazos y lealtades con su comunidad. Uno de los programas que mejor ha conjugado ese deseo de integración desde la óptica liberal ha sido el del republicanismo cívico de Dworkin²¹⁶⁷. En este trabajo ya lo hemos estudiado (ver cap.

²¹⁶⁶ NINO C.S., *Ética y derechos humanos*, op. cit., p. 136.

²¹⁶⁷ Otras propuestas liberales que han reconocido la importancia de las convenciones y de una historia común (moralidad particularista), sin abandonar el sistema imparcial de tipo kantiano (moralidad

“Libertad y comunidad en Dworkin”). El caso de Dworkin ponía de manifiesto que no todo comunitarismo ha de ser necesariamente de corte conservador. Un iusfilósofo tan claramente liberal como él, fue decididamente sensible a las demandas de solidaridad y cohesión para comprender el funcionamiento del orden social y puso en valor el papel que podía cumplir una comunidad republicana en un programa liberal. En su obra *La comunidad liberal* se puede comprobar que, sin desconocer las diferencias entre el plano personal y el comunitario, ambos se necesitarían mutuamente para el éxito de un plan de vida. Unas instituciones públicas diseñadas bajo el valor de la tolerancia posibilita que la capacidad crítica del ciudadano las estime más valiosas que si no estuvieran presididas por tal principio. Es decir, la vida del ciudadano puede llegar a ser “más exitosa” o más satisfactoria cuando su proyecto personal se encuentra integrado con el de su comunidad. Como veíamos en el capítulo dedicado a este planteamiento de Dworkin, de lo que se trata es de no confundir las exigencias morales que deben cumplirse en el diseño de las instituciones comunitarias (por ejemplo, tolerancia en el espacio público entre distintas creencias particulares) con los requisitos jurídicos de esa esfera pública (no penalizar conductas aunque sean consideradas inmorales). Es decir, lo que trata de hacer ver Dworkin, como liberal, es la diferencia de planos -continua, pero diferenciada- en que opera la dimensión comunitaria de aquellas decisiones que pueden tener relevancia política:

«Los ciudadanos se identifican con su comunidad política cuando reconocen que esta posee una vida comunal, y que el éxito o fracaso de sus propias vidas depende éticamente del éxito o fracaso de dicha vida comunal. Así, lo que cuenta como identificación total depende de lo que se entienda por vida comunal. La perspectiva liberal de la integración que describiré considera de manera limitada las dimensiones de la vida comunal de una comunidad política»²¹⁶⁸.

Y ya sabemos cuál es la vida comunal de una comunidad política. La vida colectiva que puede determinar hasta el éxito o fracaso de un plan de vida personal tiene que ver con los actos políticos oficiales: la legislación, las decisiones judiciales, la coacción o las tareas de gobierno. Son estos los datos comunitarios que entran a formar

universalista), han sido las de Bernard Williams y Stuart Hampshire. Ver WILLIAM B., *Ethics and the Limits of Philosophy*, Fontana Press/Collins, London, 1985; y HAMPSHIRE S., *Morality and Conflict*, Harvard University Press, Cambridge, 1983. Ambos autores quisieron conservar el núcleo de un sistema imparcial y universalista kantiano sin anular la moralidad particularista de las convenciones, tradiciones, lealtades e instituciones. Los dos tipos de moralidad presentarían reclamaciones justificadas, sin poder evitarse los consiguientes conflictos. Es el precio de seguir a la par la razón y la historia.

²¹⁶⁸ DWORKIN R., *La comunidad liberal*, op. cit., p. 176.

parte (a integrarse) en la vida de los ciudadanos, pero no más. El ciudadano integrado con su comunidad considera que los logros y fracasos de ésta en dichos actos políticos repercuten en su propia vida, mejorándola o empeorándola. O que hubiera tenido una vida mejor de no haber sido tan injustos los actos políticos de su comunidad. Por ejemplo, reconoce que su vida será peor si su comunidad adopta actos discriminatorios contra los homosexuales. La injusticia de las decisiones políticas comunales afecta negativamente a la vida de las personas. Si su comunidad es injusta, discriminatoria o intolerante, el ciudadano sabrá que su vida es peor de lo que hubiera sido en otra sociedad²¹⁶⁹. No es una noción densa de comunidad como la que evocan los comunitaristas: como propuesta liberal es una integración limitada que entiende que «la vida comunal de un cuerpo político debe entenderse agotada en esos actos políticos formales de la comunidad»²¹⁷⁰.

Este republicanismo cívico que propuso Dworkin ve las bondades del programa comunitarista y anhela la creación de una comunidad cohesionada, pero intenta mantener a la par la aspiración de neutralidad. Lo que permite, por un lado, reservar a los ciudadanos espacios para determinar sus proyectos de buen vivir que no tienen que ver con la comunidad y, por otro, excluir a la comunidad de decisiones sobre la vida de los ciudadanos que no tienen que ver con la salud de la propia comunidad. De tal modo que la integración se dará sólo en aquellas decisiones que tienen un marcado carácter colectivo, es decir, cuando se considere que el acto es realizado por la comunidad como un todo (como si de una orquesta se tratase, según el ejemplo de Dworkin) y no por los ciudadanos de manera individual o cuando, siendo actuaciones individuales, se realicen con la vocación de concertarse socialmente. Fuera de tales casos, las conductas individuales no tienen repercusión para la comunidad y, como tales, deben permanecer al margen de la vida comunal y de su control. No se trata de propiciar -como señala Victoria Camps- una sociedad paternalista ni culturalmente homogénea, sino de entender la integración del individuo en la comunidad de la manera adecuada:

«El liberal integrado, a diferencia del liberal liberal o que rechaza la integración, considera que su propia vida es menos buena si vive en una comunidad injusta. Ahí se funden la moral pública y el

²¹⁶⁹ Ideas similares también se encuentran en Maurizio Viroli cuando afirma: “Si la comunidad está corrompida, la vida del individuo también se empobrece. Una vez que la ciudad es destruida, los ciudadanos ya no pueden cultivar las virtudes que les hacen ciudadanos de verdad”. VIROLI M., *Por amor a la patria. Un ensayo sobre las diferencias entre el patriotismo y el nacionalismo*, op. cit., p. 43.

²¹⁷⁰ DWORKIN R., *La comunidad liberal*, op. cit., p. 176.

interés crítico individual: el individuo proyecta el sentido que da a su vida a la comunidad y le duele que la comunidad no sintonice con él»²¹⁷¹.

Lo atractivo de la propuesta de Dworkin es que, aunque su planteamiento defienda la continuidad entre ética y política, no anula la diferencia entre la esfera privada y la pública, siendo posible que los ciudadanos puedan exigir una actuación neutral del Estado frente a aquellas situaciones que no tengan que ver con la comunidad como un todo. Esta fusión -que no confusión- entre el mundo de la política y la moral individual constituye «el verdadero núcleo del republicanismo cívico, la importante manera como los ciudadanos deberían unir sus intereses y su personalidad a la comunidad política. Dicha fusión afirma una idea claramente liberal, que florece únicamente en una sociedad liberal»²¹⁷².

6. ¿LOS MALES QUE DIAGNOSTICAN LOS COMUNITARISTAS SE CURAN CON MENOS LIBERALISMO?

El retrato que nos dibujó Allan Bloom en *El cierre de la mente moderna* acerca de la deriva que ha tomado la sociedad norteamericana sigue teniendo plena vigencia. Ahí hay mucho de los miedos y preocupaciones de los comunitaristas, y de las culpas vertidas por estos sobre las espaldas de los liberales:

«Patria, religión, familia, ideas de civilización, todas las fuerzas sentimentales e históricas que se alzaban entre la infinitud cósmica y el individuo proporcionando una cierta noción de un lugar dentro del todo, han sido racionalizadas y han perdido su fuerza compulsa. América es experimentada no como un proyecto común, sino como una estructura dentro de la cual, las personas son solamente individuos abandonados a sí mismos. En la medida en que existe un proyecto, éste consiste en situar a los que se considera desfavorecidos en condiciones de vivir también como les plazca (...). Este futuro indeterminado o abierto, y la falta de un pasado vinculante, significan que las almas de los jóvenes se encuentran en un estado semejante al de los primeros hombres en estado natural: espiritualmente desnudos, desconectados, aislados, sin relaciones heredadas o incondicionales con nada ni con nadie. Pueden ser lo que quieran ser, pero no tienen ninguna razón particular para querer ser nada en especial. No sólo son libres para decidir su lugar de residencia, sino que son libres también para decidir si creerán en Dios, serán ateos, o dejarán abiertas sus opciones inclinándose por el agnosticismo; si serán heterosexuales u

²¹⁷¹ CAMPS V., *La fragilidad de una ética liberal*, op. cit., p. 85.

²¹⁷² DWORKIN R., *La comunidad liberal*, op. cit., p. 179.

homosexuales o, también en este caso, si dejaran abiertas sus opciones; si se casarán y se divorciarán o permanecerán casados; si tendrán hijos... y así indefinidamente. No existe ninguna exigencia, ninguna moralidad, ninguna presión social, ningún sacrificio a realizar que se oponga al seguimiento o al alejamiento de cualquiera de estas direcciones»²¹⁷³.

Bloom describe una situación decadente que se manifiesta en la falta de compromisos y vínculos personales de la vida en sociedad. La sensación de desapego y aislamiento; un cierto achatamiento cuando no simpleza de las vivencias individuales; la falta de riqueza de la experiencia estética; pérdida de la sensibilidad artística; el alejamiento de las formas clásicas de conocimiento (libros, música...); son diagnósticos que evidencian la formación de individuos más limitados y planos.

Todas estas preocupaciones típicas del conservadurismo norteamericano (y quizás también del europeo) muestran sintonía con el proyecto comunitarista. En el comunitarismo se encuentran algunos de los paliativos para volver a entretejer las relaciones y lazos del individuo con su sociedad. El revulsivo que ofrecen contra estos males es la vuelta a las tradiciones y al cultivo de lo local y cercano. Estos problemas, señalan, son consecuencia de un liberalismo descarnado y egoísta que se debe combatir. Pero no queda del todo claro, a mi juicio, la conexión entre el diagnóstico y su origen. No se llega a establecer claramente la relación que existe entre el liberalismo y la situación actual. Los comunitaristas no precisan cuánto hay de culpa en estos problemas que sea atribuible al orden liberal o cuánto, en cambio, se deba a la incidencia de otros factores como la expansión de un capitalismo voraz y desmedido que supera a la propia tradición liberal. El germen de los problemas acusados por los comunitaristas tiene más que ver con el capitalismo, la sociedad de masas, la propiedad privada irrestricta o un mercado libre sin correctivos que con el liberalismo en su más inmediato sentido.

Quizás el liberalismo sea acreedor de la construcción de una estructura social que posibilita la convivencia de diversas visiones morales del mundo; la neutralidad liberal ha consagrado que la tolerancia y el pluralismo aparezcan como categorías normativas ineludibles. Por su parte, el comunitarismo evidencia el complejo proceso histórico que reside en los diversos modos de convivencia social y como los sentimientos de pertenencia a la comunidad pueden ser definitorios de la propia identidad personal. Por lo que se refiere al mundo de los valores morales que conforman esas vinculaciones,

²¹⁷³ BLOOM A., *El cierre de la mente moderna*, op. cit., pp. 87 y 89-90.

«mientras los liberales priman la noción de derechos del individuo (derechos políticos y derechos privados) sobre el mundo de las creencias privadamente sostenidas por los ciudadanos, los comunitarios señalan que son, por el contrario, las creencias morales públicamente compartidas por un grupo las que habrán de convertirse en el sentido del ordenamiento político y jurídico»²¹⁷⁴.

No creo que haya nada de incompatible en combinar ambos ideales. Lo que sí creo que debe quedar a salvo de la teoría liberal -por ser su seña de identificación y que el comunitarismo obvia- es su capacidad de crítica de ese mismo ideal. Los comunitaristas se habrían equivocado al considerar que los valores que el individuo abraza se encuentran dados de antemano por la comunidad, lo que impediría al individuo abandonarla si, tras la debida reflexión, encontrara que la idea de bien sobre la que la comunidad se asienta es incompatible con su concepción personal. El comunitarismo, para ser congruente, tendría que concluir en un conservadurismo dogmático²¹⁷⁵. No se entiende por qué los comunitaristas se esfuerzan en pintar la imagen de un liberal como un ser desenraizado de su entorno. El liberal no tiene impedimento alguno en ensalzar el valor que tienen las relaciones personales de la familia, la pertenencia a los círculos asociativos más cercanos, sentir las tradiciones como propias y, sobre todo, entrelazar todas esas circunstancias en un plan de vida que integra el valor de la autonomía individual con el trasfondo social que le ofrece su comunidad. Pero si un liberal sopesa la importancia del contexto relacional para adoptar sus decisiones particulares es porque críticamente puede estimar ese entramado como valioso para su plan de vida. Tiene la libertad de adaptar, modificar o rechazar las posibilidades que el entorno le ofrece. Puede decidir integrar el valor de su comunidad en su proyecto de vida de un modo u otro, de forma más intensa o tangencial, o decidir el peso o la incidencia que tendrán para su proyecto de vida los vínculos comunitarios. Y ello porque si el liberal estima como valiosas todas esas relaciones, estima aún más la libertad de poder elegir las. No puede valorar tanto los vínculos comunitarios como para pretender que se impusieran forzosamente. El liberal adopta una actitud crítica, evaluando positivamente su relación con la comunidad pero dejando siempre abierta la posibilidad de integrar, fortalecer, aminorar o abandonar esa relación.

²¹⁷⁴ THIEBAUT C., *Vindicación del ciudadano*, op. cit., p. 40.

²¹⁷⁵ VÁZQUEZ R., *Educación Liberal. Un enfoque igualitario y democrático*, op. cit., p. 105.

Quizá lo mejor sería (como en la mayoría de las ocasiones) reconocer lo que hay de bueno o de verdad en ambas corrientes. Por su parte, es innegable mérito del comunitarismo el haber puesto de manifiesto el carácter sustantivo, contextual o relacional que tienen nociones morales como la de la autonomía individual y como esas nociones se han ido definiendo históricamente, no de manera aislada, atemporal ni sobre un trasfondo social neutro, sino que son el resultado de un orden político fuertemente enraizado con las instituciones sociales, morales y jurídicas de toda comunidad. Ello no obsta a mostrar las insuficiencias del planteamiento comunitario cuando esa forma de comprensión se hace pasar por una noción densa de comunidad o por una remisión abstracta a las tradiciones (las que quiera que éstas sean) que olvida el complejo entramado de particularidades y complejidades que arrojan las instituciones contemporáneas²¹⁷⁶. Reconocer que las nociones morales que nos constituyen como sujetos remiten a un trasfondo de valores comunitarios contra los que aquellas nociones se han ido históricamente forjando debe contrastarse de forma complementaria con la verdad del proyecto liberal, que hace hincapié en la dificultad de encorsetar la pluralidad y complejidad de nuestras sociedades en las rígidas fórmulas de la tradiciones sobre las que moldear un concepto denso de comunidad.

Si tenemos en cuenta esta distinción, la crítica según la cual el liberalismo desmiente su apariencia de tolerancia o imparcialidad al imponer su propia concepción del bien no es del todo justificada. Parece que no hay incongruencia en que el liberal

²¹⁷⁶ Sobre las contrariedades e incoherencias en las que incurre el comunitarismo se pueden consultar, entre otros, los siguientes trabajos. Sobre cómo los riesgos del nacionalismo político encuentran cobertura y sustento en las tesis morales del comunitarismo, LAPORTA F.J., “Comunitarismo y nacionalismo”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 17-18, Universidad de Alicante, 1995, pp. 53-68. El profesor Laporta mantendrá que “comunitarismo y nacionalismo tienen un claro parecido de familia”, p. 67. Una crítica al particularismo de las tesis comunitarias y a su moralidad reducida a ámbitos “tribales”, y cómo ello perjudica a pautas y criterios morales que, como los derechos humanos, requieren de una clara vocación universalista, RUIZ MIGUEL A., “Derechos Humanos y comunitarismo. Aproximación a un debate”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 12, Universidad de Alicante, 1992, pp. 95-114. A las dificultades de transportar la crítica comunitarista democrática norteamericana a este lado del atlántico, “pues el debate se transforma aquí en el debate del nacionalismo y del cosmopolitismo”, se ha referido THIEBAUT C., *Los límites de la comunidad*, op. cit., p. 146. Sobre la aporía a la que se enfrentan los comunitaristas cuando se reconocen seguir siendo tales, a pesar de señalar que nuestra identidad está determinada por la tradición en la que nacemos y reconocer, a la vez, la tradición liberal a la que pertenecemos, ver RIVERA LÓPEZ E., “Las paradojas del comunitarismo”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 17-18, Alicante, 1995, pp. 95-115. Si el propio marco en el que uno nace es, empleando un término frecuente en los comunitaristas, ‘inescapable’, ¿cómo pueden los comunitaristas sustraerse a ese marco y querer no ser liberales sino comunitaristas? No se puede no ser liberal. Hay que serlo a la fuerza porque se ha nacido en una comunidad tal. Su tesis se les vuelve en contra: “si nuestra identidad está determinada por el marco o tradición al que pertenecemos y es cierto que el liberalismo es una tradición, entonces nosotros, que pertenecemos a la tradición liberal, deberemos ser, al menos en gran medida, liberales”, p. 102.

mantenga que su posición propone una cierta neutralidad del Estado ante concepciones del bien, aunque se base para ello también en un *valor moral* como el de la autonomía. Un principio que no desvirtúa la propia idea de neutralidad pero que, necesariamente y en último término, es también moral, que se discute con argumentos morales y desde el que el liberalismo también se erige como una postura moral más: en una teoría de la justicia que, en el mercado de las ideas políticas, se lanza a competir junto con otras al debate político-filosófico para ser evaluada, refutada, validada, comparada y, en su caso, seguida. Algo que ya hemos discutido y, seguramente, asumido como replanteamiento necesario para la coherencia y viabilidad del liberalismo.

Lo que sí es cierto es que el liberalismo no es compatible con cualquier concepción moral o de la vida buena. No puede serlo con las que se oponen a la autonomía personal en la elección de planes o formas de vida ni con las que justifican la coacción por parte de otros o del Estado para imponer a los individuos formas de vida basadas en la tradición, los mandatos divinos o los supuestos fines y leyes de la naturaleza. Pero estos límites a la tolerancia o imparcialidad del Estado respecto de concepciones morales no suponen una inconsistencia del liberalismo, ni de su proclama de neutralidad, sino que son conclusión necesaria a partir de sus premisas fundamentales. Aceptar el *valor moral* que de ello se desprende no compromete la coherencia del liberalismo sino, y antes, justifica la viabilidad de su programa en las sociedades democráticas actuales.

A large, light gray, semi-circular decorative shape on the left side of the page, partially overlapping the word 'CONCLUSIONES'.

CONCLUSIONES

Concluir un tema como el del moralismo legal sería un intento de imposible realización. A lo largo del presente trabajo han aparecido cuestiones que dada su magnitud e importancia se siguen revelando como fuente inagotable de nuevas perspectivas y enfoques. Quizás en ningún tema, pero menos en este, sean deseables los finales únicos, totalizadores y definitivos. Se imponen en cambio las soluciones provisionales, atentas a la discusión y con apertura de miras, que nos ayuden a seguir revisando cuestiones que siempre serán polémicas. Pretender decir la última palabra en torno a las relaciones entre el Derecho y la moral, negando sus interacciones y campos de juego compartidos, no sería más que atentar contra lo que la realidad desmiente con insistencia.

El tema aquí abordado jalona la reflexión iusfilosófica igual que los hitos que cuentan los kilómetros de una carretera van apareciendo a lo largo del camino: en el transcurso de toda andadura, cualquier liberal o conservador se topará con el moralismo legal como compañero de viaje. Compañero incómodo para algunos y hospitalario peregrino para otros. Pero, en cualquier caso, parece que intentar apearse a la moral de nuestro recorrido, o desentenderse de su compañía, no es tarea fácil ni mucho menos trivial.

Si queremos superar las limitaciones que la tradición jurídica nos ha demostrado que tienen algunas concepciones teóricas poco integradoras, parece que nos vemos llamados a admitir conexiones de carácter contingente entre el Derecho y la moral. Creo que sería desafortunado y poco útil intentar abordar el fenómeno jurídico sin referencia al orden normativo de la moral; es más, limitarse a describir un Derecho *desde fuera* prescinde de una óptica hermenéutica que resta completitud al análisis. Ya señalaba al comienzo del trabajo que el punto de vista que aquí se mantiene en torno a esta problemática es el de la conexión empírica (no conceptualmente necesaria) entre ambos órdenes.

Creo que la realidad evidencia que las elaboraciones que hoy se ensayan en nuestros ordenamientos son más complejas que aquellos esquemas que pretenden reducir ambos códigos a compartimentos estancos excluyentes. El llamado neoconstitucionalismo -como paradigma o mejor reconstrucción iusfilosófica del Estado constitucional- iría en la dirección de reconocer la existencia de esas relaciones contingentes entre ambos mundos. El Derecho de las sociedades democráticas avanzadas

necesita de la conexión entre el Derecho y la moral. Tanto es así que el panorama que hoy nos rodea nos demuestra con frecuencia conexiones y confusiones entre ambos órdenes, dada su estrecha imbricación. Y así se comprueba cuando nos detenemos a analizar problemas que no sabemos bien si son éticos o jurídicos ni sabemos con seguridad a qué orden normativo corresponde su regulación (véase el aborto, la eutanasia, la homosexualidad, la pornografía o la prostitución).

Aceptar la existencia de relaciones contingentes entre el Derecho y la moral no creo que signifique secundar un resurgir ontológico del Derecho natural (como identificación del derecho que *es*) sino, al contrario, abogar por el papel que desempeña una ética jurídica renovada que cumple su función desplazándose a un punto más deontológico. O si se quiere: se apuesta por la vertiente más deontológica de una ética jurídica que no se muestra renuente a esclarecer los principios más insoslayables de nuestro ordenamiento. Un claro exponente de esto lo encontraríamos en la acertada diferenciación de Hart entre moral positiva y moral crítica. Siendo sólo la segunda, como moral abierta, esclarecida o ilustrada, el basamento posible sobre el que articular cualquier legislación de contenidos morales. Una ética jurídica que no se confunda con el moralismo legal sólo puede ser una *ética de mínimos* de vocación objetiva y universalizable. Los derechos humanos fundamentales, junto con los deberes inherentes exigibles a todo individuo, serían el mejor contenido -y único posible- para integrar ese consenso mínimo pero exigente.

Ello no equivale, como se le ha achacado al liberalismo, a defender una ética débil, demasiado flexible, poco estricta o valorativamente inconsistente. Muy al contrario, corresponde a una ética tolerante con las concepciones del bien o de lo bueno distintas a las propias, y muy exigente en el cumplimiento de las reglas de juego imprescindibles para una convivencia pacífica y plural. La filosofía del liberalismo igualitario es la aproximación más plausible para tener en cuenta las demandas y reivindicaciones éticas que tienen que tener una respuesta en el Derecho.

Para acabar este trabajo, en vez de ofrecer unas conclusiones definitivas, parece entonces que lo más aconsejable es enumerar algunos legados y enseñanzas de la polémica en torno al moralismo legal. Serían los siguientes:

1. El orden en el que se han presentado los capítulos de esta tesis doctoral muestra la metodología que se estima más adecuada para abordar estos temas. Se han empezado estudiando cuestiones contemporáneas que tienen que ver con la filosofía del liberalismo, luego hemos desplazado nuestro foco de atención a polémicas que son ya históricas o que requieren de un análisis histórico, para luego volver nuevamente a retomar problemas actuales. De esta manera se pretende hacer ver que el estudio histórico de las polémicas en torno al moralismo legal sigue siendo útil para abordar asuntos presentes.
2. Creo que ha quedado patente que el Derecho es, también, una opción moral y política. Y que, siendo aquel *estructuralmente* moral y político, la argumentación jurídica es, con frecuencia, un ejercicio de argumentación moral y política. Intentar desvincular a los tres sería un experimento arriesgado de peligrosos resultados. Y una prueba de ello es que los desacuerdos en el Derecho no esconden más que los desacuerdos morales y políticos que subyacen. El Derecho, por seguridad jurídica, tendrá que dar una respuesta a los problemas que los ciudadanos plantean; pero eso no quiere decir que los desacuerdos morales sobre los que versan esos problemas hayan desaparecido. Los valores, al fin y al cabo, eran incompatibles e incommensurables. Parece que nuestras sociedades tienen más que ver con el pluralismo que con la homogeneidad.
3. Huelga decir que todo ordenamiento jurídico está inspirado en una filosofía política y en una serie de valores y principios morales (de moralidad pública y social, mayoritaria o no). De la misma manera, el ordenamiento jurídico puede ser objeto tanto de valoración jurídica como de evaluaciones morales y políticas. El Derecho, por tanto, no es neutral al incorporar una serie de valores e intereses desde el mismo momento en que se opta por el Estado social de Derecho y no por otro modelo. Detrás del Derecho estatuido por ese Estado hay una concepción del mundo, hay

unos valores y no otros y hay una apuesta por el papel central que ocupa en ese mundo el ser humano autónomo. Por ello, la pretendida neutralidad del Estado liberal no busca vaciar de moralidad el espacio público, sino más bien subrayar la importancia de un trato imparcial a todas las personas dado en pie de igualdad cuando adoptan decisiones que tienen que ver con sus proyectos de vida buena, de florecimiento humano o de excelencia personal.

4. Ahora bien, así como no debe confundirse la ética con la política, porque sus ámbitos de actuación y finalidades no son las mismas, tampoco debemos dejar que la política actúe sin controles morales. Al igual que tampoco el Derecho debe escapar al juicio moral que de él se pueda predicar. Nuevamente, la convivencia -nunca pacífica- entre estos tres órdenes, y los tres tipos de argumentaciones a los que dan lugar, exige un permanente diálogo entre ellos. Que solo encuentra su clima propicio en una constante conexión, que no fusión ni confusión.
5. Pero el juicio moral que se hace del Derecho debe estar libre de tabúes y maximalismos. Es un juicio *crítico*. Por eso la pregunta que nos hacíamos no era si determinados comportamientos son inmorales (que pueden serlo). La cuestión es si podemos utilizar la fuerza del Derecho para prohibirlos. Y este es un juicio crítico no sobre la moralidad de las conductas, sino sobre la moralidad de usar el Derecho para impedir las. Son cosas distintas: por un lado, la justificación moral del Derecho y la posibilidad de hacer juicios morales sobre él y, por otro, que el Derecho pueda utilizarse para imponer ese juicio moral. Lo que nos ha interesado ha sido si al margen de la moralidad intrínseca de tales conductas es o no adecuado el uso del Derecho para erradicarlas. Pues, al fin y al cabo, lo que se esconde detrás de dichas conductas son los individuos de carne y hueso que las ejercen. Y, junto a ellos, su innegable dignidad humana vulnerada por un uso abusivo de la coacción estatal. Aunque ésta persiguiera la defensa y preservación de alguna supuesta moralidad valiosa.

6. Además como se trata de comportamientos calificados de atentatorios contra la moral pública, el estudio iusfilosófico de estos temas se acerca también a otras disciplinas como la sociología o el derecho penal. Aunque las preguntas que se lanzan desde cada ámbito son distintas, hemos visto que sus respuestas están relacionadas: desde la Filosofía del Derecho nos podemos preguntar si es legítima la utilización del Derecho por parte del Estado para imponer la moral pública. Desde la sociología o el derecho penal, dependiendo de la respuesta que demos sobre la legitimidad o no de la medida, podemos plantearnos: ¿es eficaz?, ¿consigue los objetivos penales deseables de la política criminal que se espera que lleve a cabo un Estado de Derecho?, ¿disuade de incurrir en la inmoralidad?, ¿produce efectos criminógenos o discriminatorios?
7. El hecho de insistir en las trayectorias vitales de los protagonistas de la polémica sobre el moralismo legal tiene una importancia creo que relevante. En los casos de los jueces Fitzjames Stephen y Devlin, sus biografías son quizás desconocidas en nuestra tradición iusfilosófica. En ellas encontramos datos de interés para juzgar o comprender mejor sus posturas conservadoras. En las biografías de Mill y Hart, más conocidas para nosotros, también encontramos información del por qué argumentaron tan fervorosamente como lo hicieron a favor de la libertad individual. Las biografías de todos ellos son muestra de hombres con fuertes convicciones morales y políticas y sus obras fueron, en gran medida, reflejo de esa complejidad y profundidad de carácter (incluyendo, en el caso de Mill y Hart, crisis nerviosas severas).

El problema es que los conservadores se extralimitaron al querer extender sus creencias personales a la organización jurídica y política de la sociedad. Los liberales, en cambio, se autolimitaron a la hora de establecer principios morales por los que el ámbito público se debiera regir. Ello no quiere decir que sus convicciones fueran más débiles que las de sus antagonistas conservadores en la polémica. Mill y Hart fueron igualmente hombres de arraigadas convicciones como demuestran sus itinerarios

vitales, pero son esas mismas convicciones las que les impidieron usar el poder del Estado para imponerlas.

8. La idea de dignidad humana porta en sí el valor irrenunciable e incuestionable que es inherente al ser humano. Kant construyó un excelente planteamiento en favor de la idea de dignidad que sigue siendo el imperante en nuestra tradición cultural cuando se debate acerca del valor intrínseco que posee la vida humana. El derecho a tener derechos, lo que no tiene precio, lo que nos hace merecedores de respeto, el don de nuestra autonomía, la persona como fin en sí misma o la prohibición de su utilización como medio, son postulados de incalculable valor ético. No por ello tenemos que dejar de reconocer que la actualización del pensamiento kantiano es tan necesaria como obligatoria para poder seguir aplicando la idea de dignidad ante nuevos retos.

La otra cara del valor de la dignidad, el autorrespeto, es seguramente una de las dimensiones morales más importantes para la vida de una persona. El ser humano que se estima y respeta está dotando de valor a su propia vida, desea que su existencia no sea solo un recuento de actos monótonos e insípidos. La persona que se autorrespeto quiere hacer de su paso por la vida algo significativo y satisfactorio. Rechaza la comodidad de una existencia vacía y plana y prefiere desplegar un proyecto vital meritorio y valioso. Asume la responsabilidad de vivir bien, con la cabeza alta, siendo auténtico y aceptando las consecuencias de sus actos. El individuo que se autorrespeto se reconoce a sí mismo como poseedor de un indudable valor moral. Y reconoce este mismo valor en cualquier otro ser humano.

9. Los argumentos iusfilosóficos a favor de la separación entre Derecho y moralidad pública son, en mi opinión, de una gran fuerza. Y me interesa recalcar: ni Mill, ni Hart, ni Dworkin entraron a valorar la moralidad intrínseca de los comportamientos en cuestión, lo que sí afirman es que,

aun pudiendo ser inmorales, no es misión del Derecho la de imponer la moralidad y que esta tarea corresponde a otras instancias de control social. En la base de este razonamiento estaría la diferencia, por ejemplo, entre inmoralidad e indecencia, quedando justificado que sólo algunos casos de esta última tuvieran una traslación legítima a la ley. Es más, se distorsiona notablemente este debate cuando lo que se juzga es la moralidad intrínseca de estas conductas, cuando lo que se debería de juzgar es, más bien, la moralidad del Estado al imponerlas. Son dos juicios distintos y, en muchos casos, el segundo no alcanzará el grado de certeza y racionalidad suficientes como para recibir el respaldo democrático.

10. El defecto de los argumentos de los lores (Stephen y Devlin) consiste en confundir las dos siguientes proposiciones. La primera es que toda sociedad tiene su moral. Nadie lo niega, añadiría, y ello es necesario para una mínima convivencia en armonía. La segunda es que esta sociedad tiene *esta* moral. Y derivar de ambas que “para conservar *esta* sociedad hay que defender *esta* moral”. No tenemos evidencia alguna que nos convenza de que si no imponemos jurídicamente la moral, la sociedad se desintegrará.
11. Otra cosa muy distinta es afirmar que una sociedad difícilmente se puede mantener si sus ciudadanos no comparten una idea común de lo que les mantiene unidos. La existencia de determinados consensos compartidos hace posible la convivencia y otorga el anclaje que necesitan los ciudadanos para comprobar que sus creencias tienen sentido. Que coinciden en ensalzar y en rechazar determinadas actitudes. La diversidad ilimitada acaba en una tolerancia endeble y vacua que se niega y se destruye a sí misma. La democracia requiere de un fundamento no sólo de valores compartidos, sino también de experiencias compartidas, de modo que la ciudadanía se identifique de algún modo con el sistema político al que pertenece y confíe en sus procedimientos y resultados. Por muy liberales que queramos ser, el liberalismo no puede equivaler a una indiferencia o a un relativismo del todo vale. Entre esos consensos que

mantienen unida a la sociedad, logrados no por la imposición de una moral mayoritaria, se encuentran los rechazos a toda forma de crueldad y sufrimiento humanos. Ese rechazo sí puede servir de base a la legislación. Es el rechazo a la desigualdad y a las injusticias, no a las formas de vida que cada uno elija. No son los sentimientos de intolerancia, indignación y repugnancia de los que nos hablaba Devlin. El disgusto, la aversión o la desaprobación para legislar son peligrosos. Son malas razones para coartar la libertad humana. Sólo la educación moral puede hacernos orientar el desagrado hacia aquello que verdaderamente tendría que hacernos sentir repulsión.

12. Quizás convenga también añadir que despenalizar no quiere decir (necesariamente al menos) deslegalizar y que la falta de prohibición penal no excluye en absoluto la posibilidad de que a través de otras formas, menos dañinas, se haga valer una moral compartida. Esta problemática quedaba recogida en la idea de que precisamente al ser impuesta, la moral deja de ser valiosa.

13. Hoy el moralismo legal se esconde bajo nuevas vestiduras. Podemos encontrar sus tesis, con más o menos parecido o con más o menos nivel de sofisticación, en los planteamientos del populismo moral, en el perfeccionismo, en el paternalismo o en el importante valor que los comunitaristas más conservadores conceden a la idea de comunidad. Todos aquellos argumentos que, de un modo u otro, concedan primacía a algún ente metafísico colectivo, ya sea el poder de una supuesta mayoría moral, un Estado benefactor o alguna idea de interés superior, que esté por encima de las únicas personas realmente existentes (que son las individuales) y sus intereses, atropella los postulados de la autonomía y libertad humanas.

Estos nuevos acompañantes del moralismo no tienen por qué confundirse con las tesis de un liberalismo más integrador, que reconoce que la buena

marcha de la sociedad repercute en las vidas de sus miembros individuales. Un liberal integrado con su comunidad aprueba que el disfrute de su plan de vida depende, al menos en parte, de las posibilidades favorables que le ofrece la sociedad en la que vive.

14. Afirmar que existen valores morales superiores a las leyes positivas no creo que sea comparable con la aseveración de que, sin más, deban trasladarse a la legislación positiva, sin el debido examen de su pertinencia y corrección. Una cosa es admitir la posibilidad de fundamentar racionalmente un conjunto de valores que rijan la convivencia humana, con vocación de hacerse valer como justos y deseables, y otra muy distinta es la que se sigue de aceptar que toda moral, por el mero hecho de encarnar un cuerpo de determinados valores o por ser la mayoritaria, deba ser impuesta sin juzgar su racionalidad o su respeto con la autonomía de los individuos a los que se les compele a su acatamiento.

Quizás tomando en consideración tales enseñanzas, no malgastaríamos esfuerzos en inútiles debates que no conducen más que a la demagógica moralina. Haríamos bien al menos en pararnos a pensar, críticamente, si las posturas que hemos visto en este trabajo, lejos de tener que relegarse al ostracismo por haber superado el momento histórico para el que se enunciaron, no podrían ofrecernos más bien el punto de partida adecuado para no incurrir de nuevo en sus debilidades. En las carencias de las tesis moralistas está la raíz del problema, pero también el impulso para superarlas. Tener en consideración las enseñanzas de Mill y Hart pero también los prejuicios de Stephen y Devlin, puede ayudarnos mucho para afrontar problemas actuales.

Ya aventuré que estas líneas no albergarían la panacea de la sempiterna discusión entre el Derecho y la moral. Sólo he pretendido relatar, espero que con algo de acierto y con eso me doy por satisfecho, los pareceres en torno a esta interesante problemática que hoy se sigue discutiendo en nuestros foros de debate. Un tema que, partiendo desde la tradición clásica, sigue (pre)ocupando a la reflexión iusfilosófica. Si las relaciones entre el Derecho y la moral están destinadas a vivir en continua rivalidad, no es menos cierto que los esfuerzos encomiables por no confundir a tan ambiciosos rivales pueden estar

condenados al fracaso mientras se mire el mundo a través de los ojos del conductor de Clapham.

Toda persona adulta debería poder tomar sin coacción las decisiones que creyera oportunas sobre cómo hacer de su vida un proyecto valioso. No es misión de ningún tipo de ideología, mucho menos de la liberal, decir a sus ciudadanos cómo deben perseguir su felicidad. Nada de mesianismos salvíficos, redentorismos populistas ni fes militantes. Sus excesos en la historia se han pagado caros. Las únicas posibilidades son las de la razón humana, forjada por sentimientos nobles y evitando dañar a otros. Quizás, con los pies más cerca del suelo que del cielo, no sepamos bien si haya alguna vida buena. Pero al menos que nos dejen buscarla a nuestra manera. Que ya es.



BIBLIOGRAFÍA

Los textos clave que constituyen el centro de la polémica en torno al moralismo legal son, cronológicamente, los siguientes:

MILL J.S., *On Liberty*, Parker (John William Parker, ed.), Reino Unido, 1859. El *On Liberty* se contiene en los *Collected Works of John Stuart Mill*, vol. XVIII: *Essays on Politics and Society (I)*, pp. 213-310, ed. de J.M. Robson e introd. de A. Brady, University of Toronto Press - Routledge & Kegan Paul, Toronto y Londres, 1977 (hay un total de 33 vols. editados entre 1963 y 1991). Cité por la traducción de Pablo de Azcárate, *Sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 2013.

STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, Smith, Elder & Co., London, 1873. Cité por la edición, con introducción y notas, de R.J. White, Cambridge University Press, 1967, y publicada con pról. de Richard Posner por University of Chicago Press, Chicago, 1991.

Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution, Cmnd. 247, Her Majesty's Stationery Office, Londres, 1957. He utilizado la edición *The Wolfenden Report: Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, con introd. de Karl Menninger, Stein and Day, New York, 1963.

DEVLIN P., "The Enforcement of Morals", en *Proceeding of the British Academy*, vol. XLV, 1959. Posteriormente, se recoge en el capítulo primero, *Morals and the Criminal law*, de su libro *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, Reino Unido, 1965, pp. 1-25. Hubo reedición en 1968. El texto de la conferencia también se recogió en DWORKIN R. (ed.), *The Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1977, pp. 66-82 (hay traducción de Javier Sáinz de los Terreros, *La Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, 1ª ed. 1980 y 2ª ed. 2014, pp. 160-190). Cité esta conferencia, y el resto que componen el libro *The Enforcement of Morals*, por la traducción de Miguel Ángel Ramiro, Andrea Rodríguez Liboreiro y Marta Sosa, *La imposición de la moral*, Dykinson, Madrid, 2010.

HART H.L.A., "Immorality and Treason", en *The Listener*, 30 de julio de 1959, pp. 162-163; este artículo también se recoge en DWORKIN R. (ed.), *The Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1977, pp. 83-88 (hay traducción de Javier Sáinz de los Terreros, "Inmoralidad y Alta Traición", en *La Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, 1ª ed. 1980 y 2ª ed. 2014, pp. 191-200); y también se reimprime en BLOM-COOPER L.J. (ed.), *The literature of the law: an anthology of great writing in and about the law*, Bodley Head, London, 1961. Posteriormente Hart amplía aquél texto para sus tres conferencias Harry Camp, que son las que se recogen en HART H.L.A., *Law, Liberty and Morality*, Oxford University Press, Reino Unido, 1963. Cité por la traducción y estud. prelim de Miguel Ángel Ramiro, *Derecho, Libertad y Moralidad*, Dykinson, Madrid, 2006.

Fueron comentaristas, y participantes de algún modo, de la polémica sobre el moralismo legal los siguientes autores:

DWORKIN R., "Lord Devlin and The Enforcement of Morals", en *The Yale Law Journal*, núm 75, 1966, pp. 986-1005. Recogido en su *Taking Rights Seriously*, Gerald Duckworth, Reino Unido, 1977. Citado por *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, con pról. de Albert Calsamiglia, Ariel, Barcelona, (1984) 2012.

HENKIN L., "Morals and the Constitution: The Sin of Obscenity", en *Columbia Law Review*, vol. 63, marzo 1963.

HEUSTON R.F.V., "Morality and the Criminal Law", en *Northern Ireland Legal Quarterly*, núm. 23, 1972.

HUGHES G., "Morals and the Criminal Law", en *The Yale Law Journal*, vol. 71, 1962.

MITCHELL B., *Law, Morality, and Religion in a Secular Society*, Oxford University Press, Reino Unido, 1967.

REYNOLDS N.B., “The enforcement of morals and the rule of Law”, en *Georgia Law Review*, núm. 11, 1977.

ROSTOW E.V., “The Enforcement of Morals”, en *The Cambridge Law Journal*, vol. 174, 1960.

SARTORIUS R.E., “The Enforcement of Morality”, en *The Yale Law Journal*, vol. 81, 1972.

TEN C.L., “Crime and Immorality”, en *Modern Law Review*, vol. 32, 1969.

—, “Enforcing a shared morality”, en *Ethics*, vol. 82, 1972.

WOLLHEIM R., “Crime, Sin and Mr. Justice Devlin”, en *Encounter*, vol. 13, noviembre 1959.

Encontramos importantes análisis de la polémica Hart-Devlin, del moralismo legal en general y de la filosofía del liberalismo en:

BERLIN I., *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, Reino Unido, 1969. Su versión original de 1958 tiene origen en la conferencia que impartió Berlin con motivo de la toma de posesión de su cátedra de Teoría Social y Política de Oxford. Cito por la traducción y estudio preliminar de Ángel Rivero, *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, Alianza Editorial, Madrid, 2001 (3ª reimpr. 2010).

—, *The Crooked Timber of Humanity. Chapters in the History of Ideas*, John Murray, London, 1959. Cito por la traducción de J.M. Álvarez Flórez, *El fuste torcido de la humanidad. Capítulos de historia de las ideas*, ed. a cargo de Henry Hardy y pról. de John Banville, Península, Barcelona, 2019.

BLOOM A., *The Closing of American Mind*, Simon & Schuster, New York, 1987. Cito por la traducción de Adolfo Martín, *El Cierre de la Mente Moderna*, con prólogo de la edición americana de Saul Bellow y presentación de la edición española de Salvador Giner, Plaza y Janés editores, Barcelona, 1989.

CAMPS V., *La fragilidad de una ética liberal*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2018.

COLOMER J.L., “Libertad personal, moral y derecho. La idea de la ‘neutralidad moral’ del Estado liberal”, en *Anuario de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm 2, 1998.

—, “Autonomía y gobierno. Sobre la posibilidad de un perfeccionismo liberal”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 24, Universidad de Alicante, 2001.

—, “Libertad individual y límites del Derecho”, en *Estado, justicia, derechos*, Elías Díaz y José Luís Colomer (eds.), cap. 6, Alianza Editorial, Madrid, 2002 (reimpr. 2011).

DE PÁRAMO J.R., *H.L.A. Hart y la Teoría Analítica del Derecho*, pról. Gregorio Peces-Barba, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

—, “El moralismo legal contraataca”, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 15-16, 1994.

DWORKIN G., “Paternalism”, en *Morality and the Law*, R. Wassterstrom (ed.), Belmont, Estados Unidos, 1971, pp. 107-126. El artículo se reeditó en SARTORIUS R. (ed.), *Paternalism*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1987, pp. 19-34. Cito por la traducción de Jorge Malem, “El paternalismo”, en *Derecho y Moral. Ensayos analíticos*, J. Betegón y J.R. de Páramo (eds.), Ariel, Barcelona, 1990.

DWORKIN R., *Taking Rights Seriously*, Gerald Duckworth, Reino Unido, 1977. Cito por la traducción de Marta Guastavino, con prólogo de Albert Calsamiglia, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2012.

- (ed.), *The Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1977. Cito por la traducción de Javier Sáinz de los Terreros, *La Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, 1ª ed. 1980 y 2ª ed. 2014.
- , “Liberalism”, en *Public and Private Morality*, Stuart Hampshire (comp.), Cambridge University Press, Reino Unido, 1978. Cito por la traducción de Mercedes Córdoba, “El Liberalismo”, en *Moral Pública y Privada*, Fondo de Cultura Económica, México, 1983, p. 165. (Este artículo se incluyó como cap. 8 en DWORKIN R., *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Massachusetts, 1985, pp. 181-204; hay traducción más reciente del mismo de Victoria Boschioli, en *Una cuestión de principios*, present. de Roberto Gargarella y Paola Bergallo, Siglo Veintiuno editores, Buenos Aires, 1ª ed. 2012, pp. 231-258).
- , “Liberal Community”, en *California Law Review*, núm. 77, Berkeley, 1989, pp. 479-504. Cito por la traducción de Claudia Montilla, *La Comunidad Liberal*, estud. prelim. de Daniel Bonilla e Isabel Cristina Jaramillo, Universidad de los Andes, Colombia, 1996.
- , *Foundations of Liberal Equality*, University of Utah Press, Salt Lake City, 1990. Cito por la traducción de Antoni Domènech e introducción de Fernando Vallespín, *Ética privada e igualitarismo político*, Paidós, Barcelona, 1993.
- , *Justice for Hedgehogs*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts, 2011. Cito por la traducción de Horacio Pons y revisión de Gustavo Maurino, *Justicia para erizos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1ª ed. 2014.
- FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law*, 4 vols., Oxford University Press, New York, 1984-1990.
- FULLER L.L., *The Morality of Law*, Yale University Press, Estados Unidos, 1964. Cito por la traducción de Francisco Navarro, *La Moral del Derecho*, Trillas, México, 1967.
- HAKSAR V., *Equality, Liberty, and Perfectionism*, Oxford University Press, New York, 1979.
- HAYEK F.A., *The Constitution of Liberty*, Routledge & Chicago University Press, 1959. Cito por la traducción de José Vicente Torrente, *Los fundamentos de la libertad*, Unión Editorial, Madrid, 9ª ed. 2017.
- , *Law, Legislation and Liberty*, 3 vols., Routledge & Kegan Paul, London, 1973-1979. Cito por la traducción de Luis Reig Albiol, *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, Unión Editorial, Madrid, 2ª ed. 2014.
- KANT I., *La Metafísica de las Costumbres*, estud. prelim. de Adela Cortina y trad. y notas de Adela Cortina y Jesús Conill Sancho, Tecnos, Madrid, 4ª ed. 2005 (reimpr. 2012).
- , *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, trad. de Roberto R. Aramayo y estud. introd. de Maximiliano Hernández Marcos, Gredos, Madrid, 2014.
- KIRK R., *The Conservative Mind*, Henry Regnery Company, Chicago, 1953. Cito por la traducción de Pedro Nacher, *La mentalidad conservadora en Inglaterra y Estados Unidos*, Rialp, Madrid, 1956.
- LAPORTA F.J., *Entre el Derecho y la moral*, Fontamara, México, 1993 (reimpr. 2007).
- LYONS D., *Ethics and the rule of law*, Cambridge University Press, Reino Unido, 1984. Cito por la traducción de M.L. Serra Ramoneda, *Ética y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1986.

- MALEM J., *Estudios de Ética Jurídica*, Fontamara, México, 1996 (2ª reimpr. 2005).
- MARGALIT A., *The Decent Society*, Harvard University Press, 1996. Cito por la traducción de Carme Castells Auleda, *La sociedad decente*, Paidós, Barcelona, 2010.
- MULHALL S. y SWIFT A., *Liberals and Communitarians*, Blackwell, Reino Unido, 1992. Cito por la traducción de Enrique López Castellón, *El individuo frente a la comunidad*, Temas de Hoy, Madrid, 1996.
- NAGEL T., *Mortal Questions*, Cambridge University Press, New York, 1979. Cito por la traducción de Héctor Islas Azaïs, *Ensayos sobre la vida humana*, Fondo de Cultura Económica, México, 2ª ed. 2000.
- , “Moral Conflict and Political Legitimacy”, en *Philosophy and Public Affairs*, otoño 1987, pp. 215-240. Cito por la traducción de José Luis Colomer, “Conflicto Moral y Legitimidad Política”, en *Derecho y Moral. Ensayos analíticos*, J. Betegón y J.R. de Páramo (eds.), Ariel, Barcelona, 1990, p. 104.
- , *Equality and Partiality*, Oxford University Press, Nueva York-Oxford, 1991. Cito por la traducción de José Francisco Álvarez, *Igualdad y parcialidad. Bases éticas de la teoría política*, Paidós, Barcelona, 1996.
- NINO C.S., *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Astrea, Buenos Aires, 2ª ed. 1989, 4ª reimpr. 2017.
- NOZICK R., *Anarchy, State and Utopia*, Basil Blackwell, Oxford, 1974. Cito por la traducción de Rolando Tamayo y Salmerón, *Anarquía, Estado y Utopía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1988 (reimpr. 2017).
- NUSSBAUM M., *Hiding from Humanity: disgust, shame and the Law*, Princeton University Press, Estados Unidos, 2004. Cito por la traducción de Gabriel Zadunaisky, *El ocultamiento de lo humano: repugnancia, vergüenza y ley*, Katz, Buenos Aires, 2006.
- RAMOS PASCUA J.A., “Promoción activa e imposición de la moral. Examen de la postura de H.L.A. Hart”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, núm. 28, 1988.
- RAWLS J., *A theory of justice*, Harvard University Press, 1971. Cito por la traducción de María Dolores González, *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2ª ed. 1995 (11ª reimpr. 2015).
- , *Political Liberalism*, Columbia University Press, Nueva York, 1993. Cito por la traducción de Antoni Domènech, *El liberalismo político*, Crítica, Barcelona, 1996.
- RAZ J., *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986 (reimpr. 2009), p. 395.
- RIDDALL J.G., *Jurisprudence*, Butterworth, Reino Unido, 1991. Cito por la traducción de Ángela Ackermann y Jorge Malem, *Teoría del Derecho*, Biblioteca Económica Gedisa, Barcelona, 3ª ed. 2008.
- SANDEL M., “Moral argument and liberal toleration: abortion and homosexuality”, en *California Law Review*, vol. 77, 1989, pp. 521-538. Cito por la traducción de Albino Santos Mosquera, “Argumentación moral y tolerancia liberal: el aborto y la homosexualidad”, en SANDEL M., *Filosofía pública. Ensayos sobre moral en política*, Marbot ediciones, Barcelona, 2005.
- , *Justice: what's the right thing to do?*, Farrar, Straus and Giroux, New York, 2009. Cito por la traducción de Juan Pedro Campos Gómez, *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, Debolsillo, Barcelona, 2ª ed. 2012.

TAYLOR C., *The Falaise of modernity*, House of Anansi Press, Toronto, 1991. Cito por la traducción castellana de Pablo Carbajosa Pérez, *La ética de la autenticidad*, introd. de Carlos Thiebaut, Paidós, Barcelona, 1994.

THIEBAUT C., *Los límites de la comunidad. Las críticas comunitaristas y neoristotélicas al programa moderno*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

VÁZQUEZ R., *Educación Liberal. Un enfoque igualitario y democrático*, Fontamara, México, 1997 (2ª ed. 1999).

La bibliografía complementaria utilizada en este trabajo es la siguiente:

ABELLÁN J., “En torno al concepto de ciudadano en Kant. Comentario de una aporía”, en *La paz y el ideal cosmopolita de la Ilustración. A propósito del bicentenario de Hacia la Paz Perpetua de Kant*, Roberto R. Aramayo, Javier Muguerza y Concha Roldán (eds.), Tecnos, Madrid, 1996.

—, “John Stuart Mill y el liberalismo”, en *Historia de la Teoría Política*, Fernando Vallespín (ed.), vol. 3, Alianza Editorial, Madrid, 2002 (reimpr. 2012).

ACKERMAN B., *Social Justice in the Liberal State*, Yale University Press, New Haven, 1980.

AGRA ROMERO M.J., “¿Es la versión castellana de A Theory of Justice de J. Rawls una versión modificada?”, en *Teorema: Revista Internacional de Filosofía*, vol. 13, núm. 1/2, 1983.

ALEMANY M., *El Paternalismo jurídico*, Iustel, Madrid, 2006.

ALEU BENÍTEZ J., *Filosofía y libertad en Kant*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1987.

ALEXY R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993.

ÁLVAREZ S., *La autonomía de las personas. Una capacidad relacional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018.

ALLAN J., “Revisiting the Hart-Devlin debate: at the periphery and by the numbers”, en *San Diego Law Review*, vol. 54, 2017.

ALLISON H.E., *El idealismo trascendental de Kant: una interpretación y defensa*, pról. y trad. de Dulce María Granja Castro, Anthropos, Barcelona, 1992.

AMERICAN LAW INSTITUTE, Model Penal Code, Tentative Draft, núm. 4, 1955-1959.

AMÓN R., “¿Ha acabado la tolerancia con la tolerancia?”, en *El País*, edición del 25 de febrero de 2018.

ANDERSON E.S., “John Stuart Mill and Experiments in Living”, en *Ethics*, vol. 102, núm. 1, oct. 1991.

ANSCHUTZ R.P., *The Philosophy of J.S. Mill*, Oxford University Press, Oxford, 1953 [reeditado por Greenwood Press, Connecticut, 1986].

ARANGO R., *Derechos, constitucionalismo y democracia*, con presentación de Luíís Villar Borda, núm. 33 de la Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

- , *Democracia social. Un proyecto pendiente*, Fontamara, México, 2012.
- ARBLASTER A., *Democracia*, trad. de Adriana Sandoval y rev. de Jesús Alborés, Alianza Editorial, Madrid, 1992.
- ARENDT H., “Nosotros, los refugiados”, en *Tiempos presentes*, Gedisa, Barcelona, 2002.
- ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, trad. y notas de Julio Pallí Bonet, Gredos, Madrid, 2011.
- ARNESON R.J., “Mill versus Paternalism”, en *Ethics*, vol. 90, núm. 4, julio 1980.
- ATIENZA M., “Discutamos sobre paternalismo”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, Universidad de Alicante, 1988.
- , “Entrevista a Robert S. Summers”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, Universidad de Alicante, 2000.
- , “prólogo” a ALEMANY M., *El Paternalismo jurídico*, Iustel, Madrid, 2006.
- , “Un comentario sobre el concepto de dignidad”, en *Entre la libertad y la igualdad. Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez*, tomo I, J. Cerdio, P. de Larrañaga y P. Salazar (coords.), UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2017.
- BAIN A., *James Mill: A Biography*, Logmans, Green & Co, London, 1882.
- , *John Stuart Mill. A Criticism: with Personal Recollections*, ed. de 1969 de A.M. Kelly, Longmans, Green & co, Londres-Nueva York, 1882.
- BALLESTEROS J., *El sentido del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 112.
- BARKER E., *Political Thought in England: 1848 to 1914*, Oxford University Press, London, 2ª ed. 1928, reimpr. 1954.
- BARRY B., *The Liberal Theory of Justice*, Clarendon Press, Oxford, 1976.
- , *La justicia como imparcialidad*, trad. de J.P. Tosau Abadía, Paidós, Barcelona, 1997.
- BÉJAR H., *El corazón de la república*, Paidós, Barcelona, 2000.
- BELTRÁN E., “La dignidad humana: entre el derecho y la moral”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, ed. especial: homenaje a Francisco Laporta y Liborio Hierro, Universidad de Alicante, 2017.
- BELL D., *El fin de las ideologías*, Tecnos, Madrid, 1964.
- , *Las contradicciones culturales del capitalismo*, trad. de Néstor A. Míguez, Alianza Editorial, Madrid, 1977.
- y KRISTOL I. (eds.), *The Crisis in Economic Theory*, Basic Books, Nueva York, 1981.
- , *Communitarianism and its critics*, Clarendon Press, Oxford, 1993.
- BELLAH R.N., MADSEN R., SULLIVAN W.M., SWIDLEK A. y TIPTON S.M., *Hábitos del corazón*, trad. de Guillermo Gutiérrez, Alianza Editorial, Madrid, 1989.

- BERGER F., *Happiness, Justice and Freedom: The Moral and Political Thought of John Stuart Mill*, University of California Press, Berkeley, 1984.
- BERLIN I., *John Stuart Mill y los fines de la vida*, trad. de Natalia Rodríguez Salmones, prólogo a MILL J.S., *Sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 2013.
- BETEGÓN J., *La justificación del castigo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- BILBENY N., “La esperanza moral en Kant”, en *la cumbre del criticismo*, Roberto R. Aramayo y Gerard Villar (eds.), Anthropos, Barcelona, 1992.
- BINGHAM A., *Family Newspapers? Sex, Private Life, and the British Popular Press 1918-1978*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- BLOCH E., *Derecho Natural y Dignidad Humana*, ed., estud. prelim. y notas de Francisco Serra, trad. del alemán de Felipe González Vicén, Dykinson, Madrid, 2011.
- BOBBIO N., “La Función Promocional del Derecho”, en *Contribuciones a la Teoría del Derecho*, Alfonso Ruiz Miguel (ed.), Debate, Madrid, 1990.
- , *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991.
- , *Derecha e izquierda. Razones y significados de una distinción política*, trad. de Alessandra Picone, Taurus, Madrid, 1995.
- BONILLA D. y JARAMILLO I.C., “El igualitarismo liberal de Dworkin”, estudio preliminar a DWORKIN R., *La Comunidad Liberal*, trad. de Claudia Montilla, Universidad de los Andes, Colombia, 1996.
- BORCHARD R., *John Stuart Mill, the Man*, Watts, Londres, 1957.
- BRADLEY F.H., *Ethical Studies*, introd. de Richard Wollheim, Oxford University Press, London, 2nd. ed. 1962.
- BRADLEY G.V., “Pluralistic Perfectionism: A Review Essay of Making Men Moral”, en *Notre Dame Law Review*, vol. 71, 1996.
- BRITTON K., *John Stuart Mill*, Penguin Books, Londres, 1953.
- BROCK D.W., “Utilitarismo”, en *Diccionario de Filosofía*, Robert Audi (ed.), trad. de Huberto Marraud y Enrique Alonso, Akal, Madrid, 2004.
- BROOKE S., *Sexual Politics, Family Planning, and the British Left from the 1880s to the Present Day*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- BROWN D.G., “Mill on Liberty and Morality”, en *The Philosophy Review*, vol. 81, núm. 2, Apr. 1972.
- , “More on Self-Enslavement and Paternalism in Mill”, en *Utilitas*, núm. 1, 1989.
- BUCHHEIM H., *Política y poder*, trad. de Ernesto Garzón Valdés y Ruth Zimmerling, Alfa, Barcelona, 1985.
- BURKE R., *Reflexiones sobre la Revolución en Francia*, pról., trad. y notas de Carlos Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, 2ª ed. 2016.

- CALSAMIGLIA A., “Sobre el principio de igualdad”, en *El fundamento de los derechos humanos*, Javier Muguerza y otros autores (ed. preparada por Gregorio Peces-Barba), Debate, Madrid, 1989.
- CAMPS V., “La inútil idea de la libertad”, en *Revista de Occidente*, núm. 45: dedicado a la ética de la sociedad civil, 1985.
- , “Ética y política: ¿Qué podemos esperar?”, en *Esplendor y miseria de la ética kantiana*, E. Guisán (comp.), Anthropos, Barcelona, 1ª ed. 1988.
- , “Una total belleza moral”, en *Kant después de Kant. En el bicentenario de la Crítica de la razón práctica*, Javier Muguerza y Roberto R. Aramayo (eds.), Tecnos, Madrid, 1989.
- , “La dignidad según Kant”, en *Historia, Lenguaje, Sociedad. Homenaje a Emilio Lledó*, Manuel Cruz, Miguel Á. Granada y Anna Papiol (eds.), Crítica, Barcelona, 1989.
- , “Introducción” a RAWLS J., *Sobre las libertades*, trad. de Jorge Vigil Rubio, Paidós, Barcelona, 1990.
- , *Virtudes públicas*, Espasa, Madrid, 1990.
- , *El gobierno de las emociones*, Herder, Barcelona, 2011 (7ª reimpr. 2017).
- , *Breve historia de la ética*, RBA, Barcelona, 2013.
- , “El sujeto que dice no”, en *Diálogos con Javier Muguerza. Paisajes para una exposición virtual*, Roberto R. Aramayo, José Francisco Álvarez, Francisco Maseda y Concha Roldán (eds.), CSIC, Madrid, 2016.
- CANDACE G.H., “Public Employees and Private Conduct: Cohabitation and the Vagueness of Immorality”, en *Journal Family Law*, vol. 23, 1984-1985.
- CANEQUE C., “La nueva derecha cristiana en USA: aparición, movilización y coyuntura”, en *Sistema*, núm. 63, 1984.
- CAPALDI N., *John Stuart Mill: A Biography*, Cambridge University Press, Nueva York, 2004.
- CARRARA F., *Programa de Derecho Criminal*, trad. de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 4ª ed. revisada 1977.
- CARUNCHO MICHINEL C., *Sobre la libertad. A propósito de la obra de John Stuart Mill*, Eris, La Coruña, 1999.
- CASSIRER E., “Kant y Rousseau”, en *Rousseau, Kant, Goethe. Filosofía y cultura en la Europa del Siglo de las Luces*, ed. de Roberto R. Aramayo y trad. de Roberto R. Aramayo y Salvador Mas, colección de Breviarios del Fondo de Cultura Económica, México, 2007 (1ª reimpr. 2014).
- CECIL H., *Conservatismo*, trad. de Rafael Luego Tapia, Editorial Labor, Barcelona, 1929.
- CEREZO GALÁN P., “Tolerancia”, en *Democracia y virtudes cívicas*, Pedro Cerezo Galán (ed.), Biblioteca Nueva, Madrid, 2005.
- COCKS H., *Nameless Offences, Homosexual Desire in the 19th Century*, I.B. Tauris & Co, New York, 2003.

- COLAIACO J.A., *James Fitzjames Stephen and the Crisis of Victorian Thought*, Macmillan, Londres, 1983.
- COLOMER J.L., *La teoría de la justicia de Immanuel Kant*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.
- , “Immanuel Kant”, en *Historia de la Teoría Política*, Fernando Vallespín (ed.), tomo 3, cap. 4, Alianza Editorial, Madrid, 2002 (reimpr. 2012).
- COLLINI S., “Introduction” a *On Liberty with The Subjection of Women and Chapters on Socialism* de J.S. Mill, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.
- , *Public moralists: Political Thought and Intellectual Life in Britain 1850-1930*, Clarendon Press, Oxford, 1991.
- CORTINA A., “Dignidad y no precio: más allá del economicismo”, en *Esplendor y miseria de la ética kantiana*, E. Guisán (comp.), Anthropos, Barcelona, 1ª ed. 1988.
- , “El comunitarismo universalista de la filosofía kantiana”, en *Moral, Derecho y Política en Immanuel Kant*, Julián Carvajal Cordon (coord.), Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1999.
- CRUZ PARCERO J.A., “Conversación con Juan Antonio Cruz Parceró”, en *Nuevas Fronteras de Filosofía Práctica*, núm. 2, febrero 2014.
- CHUECA R., “La marginalidad jurídica de la dignidad humana”, en *Dignidad humana y derecho fundamental*, Ricardo Chueca (dir.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.
- , “Presentación”, en *Dignidad humana y derecho fundamental*, Ricardo Chueca (dir.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.
- DALTON H.L., “Disgust and Punishment”, en *Yale Law Journal*, vol. 96, 1986-1987.
- DARWALL S.L., “Two Kinds of Respect”, en *Ethics*, vol. 88, núm. 1, octubre de 1977.
- DE LUCAS J., “Sobre la justificación de la democracia representativa”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 6, Universidad de Alicante, 1989.
- , “Un test para la solidaridad y la tolerancia: el resto del racismo”, en *Sistema*, núm. 106, enero 1992.
- DE MIGUEL A., “Introducción” a *John Stuart Mill. Sobre el voto y la prostitución*, Biblioteca Añil Feminista, ed. Almud, Castilla La Mancha, 2011.
- DE PÁRAMO J.R., “Entrevista a H. L. A. Hart”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, Universidad de Alicante, 1989.
- , “H. L. A. Hart: In Memoriam”, en *Derechos y Libertades*, núm. 2, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1994.
- , “Introductory Note”, en *Reading HLA Hart’s The Concept of Law*, Luis Duarte D’Almeida, James Edwards y Andrea Dolcetti (eds.), Hart Publishing, Oxford, 2013.
- DEIGH J., “Shame and Self-Esteem: A Critique”, en *Ethics*, vol. 93, núm. 2, enero 1983.

- DELEUZE G., *La filosofía crítica de Kant*, trad. de Marco Aurelio Galmarini, Cátedra, Madrid, 1997.
- DEVLIN P., *Trial by Jury*, Setevens and Sons Ltd., London, 1956.
- , “The Trial Judge: Guardian of the Law”, en *American Bar Association Journal*, vol. 44, agosto 1958.
- , “Mill On Liberty in Morals”, en *The University of Chicago Law Review*, vol. 32, núm. 2, 1965.
- , *Too Proud to Fight: Woodrow Wilsons Neutrality*, Oxford University Press, Oxford, 1975.
- , *The judge*, Oxford University Press, Oxford, 1981.
- DÍAZ E., *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1ª ed. 1966.
- , *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, Cívitas, Madrid, 1977.
- , “Estado de Derecho y legitimidad democrática”, en *Estado, justicia, derechos*, Elías Díaz y José Luís Colomer (eds.), cap. 1, Alianza Editorial, Madrid, 2002 (reimpr. 2011).
- , *El Derecho y el poder. Realismo crítico y Filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2013.
- , “Concordia discorde y legitimidad democrática”, en *Diálogos con Javier Muguerza. Paisajes para una exposición virtual*, Roberto R. Aramayo, José Francisco Álvarez, Francisco Maseda y Concha Roldán (eds.), CSIC, Madrid, 2016.
- DILLON R.S., “Toward a Feminist Conception of Self-Respect”, en *Hypatia*, vol. 7, núm. 1, winter 1992.
- (ed.), “Introduction”, en *Dignity, Character and Self-Respect*, Routledge, New York, 1995.
- DONNER W., *The Liberal Self. John Stuart Mill’s Moral and Political Philosophy*, Cornell University Press, New York, 1991.
- DORADO PORRAS J., *La lucha por la Constitución: las teorías del Fundamental Law en la Inglaterra del siglo XVIII*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2001.
- DUBNOV A., *Isaiah Berlin. The journey of a jewish liberal*, Palgrave Macmillan, Londres, 2012.
- DUQUE F., “Causalidad y teleología en Kant”, en *Kant después de Kant. En el bicentenario de la Crítica de la razón práctica*, Javier Muguerza y Roberto R. Aramayo (eds.), Tecnos, Madrid, 1989.
- , *La fuerza de la razón*, Dykinson, Madrid, 2002.
- DWORKIN G., “Some Second Thoughts”, en *Paternalism*, Rolf Sartorius (ed.), University of Minnesota Press, Minneapolis, 1987.
- , “Devlin was right: Law and the enforcement of morality”, en *William and Mary Law Review*, vol. 40, 1999.
- , “Moral Paternalism”, en *Law and Philosophy*, núm 24, 2005.
- DWORKIN R., “What Is Equality”, en *Philosophy & Public Affairs*, núm. 3, vol. 10, 1981.
- , “In Defense of Equality”, en *Social Philosophy and Policy*, núm. 1, 1983.

- , “Filosofía y Política”, en *Los Hombres detrás de las ideas. Algunos creadores de la filosofía contemporánea*, trad. de J.A. Robles García, Fondo de Cultura Económica, México, 1982 (3ª reimpr. 2008).
- , *Virtud Soberana*, trad. de F. Aguiar y M.J. Bertomeu, Paidós, Barcelona, 2003.
- , “¿Tenemos derecho a la pornografía?”, en *Una cuestión de principios*, present. de Roberto Gargarella y Paola Bergallo, Siglo Veintiuno editores, Buenos Aires, 1ª ed. 2012.
- DYZENHAUS D., “John Stuart Mill and the Harm of Pornography”, en *Ethics*, vol. 102, núm. 3, abr. 1992.
- ELIOT T.S., *Notes towards the Definition of Culture*, Harcourt Brace and Company, New York, 1949.
- ELÓSEGUI M., “El descubrimiento del yo según David Hume”, en *Anuario Filosófico*, núm. 26, 1993.
- ELVIRA A., “La dignidad humana en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Dignidad humana y derecho fundamental*, Ricardo Chueca (dir.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.
- ESCOTT T.H.S., *Society in London, by a Foreign Resident*, Chatto and Windus, London, 2nd ed. 1885.
- ETZIONI A., *La nueva regla de oro: comunidad y moralidad en una sociedad democrática*, trad. de Marco Aurelio Galmarini, Paidós, Barcelona, 1999.
- ETZIONI A., *The Spirit of Community: Rights, Responsibilities, and the Communitarian Agenda*, Fontana Press, London, 1993.
- FARRELL M.D., *Utilitarismo, Liberalismo y Democracia*, Fontamara, México, 1997.
- FARTOS MARTÍNEZ M., “La recepción de Kant en España”, en *Estudios Filosóficos*, vol. 153, núm. 154, 2004.
- FEINBERG J., “The expressive function of punishment”, en *The Monist*, vol. 49, 1965.
- , “Legal Paternalism”, en *Canadian Journal of Philosophy*, núm. 1, 1971.
- , “Some Unswept Debris from the Hart-Devlin Debate”, en *Synthese*, núm. 72, 1987.
- y GROSS H. (eds.), *Philosophy of Law*, Dickenson, Encino, 1975.
- FELDBLUM C.R., “Sexual orientation, morality, and the law: Devlin revisited”, en *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 57, 1996.
- FERNÁNDEZ GARCÍA E., *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1984 (2ª reimpr. 1991).
- , *La obediencia al Derecho*, Cívitas, Madrid, 1987 (reimpr. 1998).
- , *Estudios de ética jurídica*, Debate, Madrid, 1990.
- , *Filosofía Política y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- , *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, Dykinson, Madrid, 2001.

- , “La polémica Burke-Paine”, en *Historia de los Derechos Fundamentales*, G. Peces-Barba, E. Fernández y R. De Asís (dirs.), Tomo II: Siglo XVII, Vol. II: La filosofía de los derechos humanos, Dykinson, Madrid, 2001.
- , “Los valores éticos y la Educación para la Ciudadanía”, en *Educación para la Ciudadanía y Derechos Humanos*, Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández, Rafael de Asís y Francisco Javier Ansuátegui (coords.), Espasa Calpe, Madrid, 2007.
- , “El imperativo de la disidencia y Antígona (¿reaccionario o revolucionaria?)”, en *Diálogos con Javier Muguerza. Paisajes para una exposición virtual*, Roberto R. Aramayo, José Francisco Álvarez, Francisco Maseda y Concha Roldán (eds.), CSIC, Madrid, 2016.
- FERRARI J., *Kant o la invención del hombre*, trad. de Francisco López Castro, Edaf, Madrid, 1974.
- FINNIS J., “Derecho, moral y orientación sexual”, trad. de Jorge Ignacio Oría, en *Persona y Derecho*, vol. 41, 1999.
- FLÓREZ MIGUEL C., “Comunidad ética y filosofía de la historia en Kant”, en *Kant después de Kant. En el bicentenario de la Crítica de la razón práctica*, Javier Muguerza y Roberto R. Aramayo (eds.), Tecnos, Madrid, 1989.
- FOXBOURNE H.R., *J.S. Mill: Notices of his Life and Works*, Dallow, Londres, 1873 [reeditado en Bristol, Thoemmes Antiquarian Books, 1990].
- FRANCIS M. y MORROW J., *A History of English Political Thought in the Nineteenth Century*, St. Martin’s Press, New York, 1994.
- FREEDEN M., *Liberalismo. Una introducción*, trad. de Roberto Ramos Fontecoba, Página Indómita, Barcelona, 2019.
- FUKUYAMA F., *¿El fin de la Historia? y otros ensayos*, present. y selecc. de Juan García-Morán Escobedo, Alianza editorial, Madrid, 2015.
- GARCÍA AÑÓN J., *John Stuart Mill: Justicia y Derecho*, pról. Javier de Lucas, McGraw Hill, Madrid, 1997.
- GARCÍA HERNÁNDEZ J.R., *Edmund Burke: la solución liberal reformista para la Revolución Francesa*, pról. Mariano Rajoy y present. Benigno Pendás, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- GARCÍA MORENTE M., *La Filosofía de Kant. Una introducción a la filosofía*, present. de Juan Miguel Palacios, Ediciones Cristiandad, Madrid, 2018 (1ª ed. 1917 por Librería general de Victoriano Suárez, Madrid).
- GARCÍA PASCUAL C. (coord.), *El buen jurista. Deontología del Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- GARCÍA ROCA J., *Positivismo e Ilustración: la filosofía de David Hume*, Universidad de Valencia, Valencia, 1981.
- GARCÍA SAN MIGUEL L. (coord.), *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 1995.

GARRIDO M., “Una ética de la libertad”, en KANT I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, ed. de Manuel Garrido y trad. de Manuel García Morente, Tecnos, Madrid, 1ª ed. 2005 (reimpr. 2009).

—, “Puntos vulnerables del proyecto ético de Kant”, en KANT I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, ed. de Manuel Garrido y trad. de Manuel García Morente, Tecnos, Madrid, 1ª ed. 2005 (reimpr. 2009).

—, “Una defensa liberal de la libertad”, introducción a *Sobre la libertad* de J.S. Mill, trad., estud. preliminar, ed. y notas de Carlos Rodríguez Braun, Tecnos, Madrid, 2008.

GARZÓN VALDÉS E., “¿Es éticamente justificable el paternalismo?”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, Universidad de Alicante, 1988.

—, “Sigamos discutiendo sobre paternalismo”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, Universidad de Alicante, 1988.

—, “Algo más acerca del coto vedado”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 6, Universidad de Alicante, 1989.

—, “Representación y democracia”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 6, Universidad de Alicante, 1989.

—, *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

—, “Instituciones suicidas”, en *Isegoría*, núm. 9, 1994.

GEORGE R.P., *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality*, Clarendon Press, Oxford, 1993, p. 57. El capítulo segundo de este libro estaba previamente publicado como GEORGE R.P., “Social Cohesion and the Legal Enforcement of Morals: A Reconsideration of the Hart-Devlin Debate”, en *The American Journal of Jurisprudence*, núm. 35, 1990.

—, *Entre el derecho y la moral*, trad. de Pedro José Izquierdo Sancho e introd. de Sherif Girgis, Pontificia Universidad Javeriana - Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009.

GEY S.G., “Is Moral Relativism a Constitutional Command?”, en *Indiana Law Review*, vol. 70, 1995, pp. 331-404.

GÓMEZ CAFFARENA J., *El teísmo moral de Kant*, Ediciones Cristiandad, Madrid, 1983.

—, “La conexión de la política con la ética (¿Logrará la paloma guiar a la serpiente?)”, en *La paz y el ideal cosmopolita de la Ilustración. A propósito del bicentenario de Hacia la Paz Perpetua de Kant*, Roberto R. Aramayo, Javier Muguerza y Concha Roldán (eds.), Tecnos, Madrid, 1996.

—, *Diez lecciones sobre Kant*, Trotta, Madrid, 2010.

GONZÁLEZ A.M., *Sociedad civil y normatividad. La teoría social de David Hume*, Dykinson, Madrid, 2013.

GONZÁLEZ PÉREZ J., *La dignidad de la persona*, Cívitas, Madrid, 1986.

GONZÁLEZ VICÉN F., *De Kant a Marx. Estudios de Historia de las Ideas*, Fernando Torres editor, Valencia, 1984.

- GRAY J., "John Stuart Mill: Traditional and Revisionist Interpretations", en *Literature of Liberty: A Review of Contemporary Liberal Thought*, 2, II, 1979.
- , "Mill's conception of happiness and the theory of individuality", en *J.S. Mill's On Liberty in Focus*, J. Gray y G.W. Smith (eds.), Routledge, London, 1991.
- y SMITH G.W., "Introduction", en *J.S. Mill's On Liberty in Focus*, J. Gray y G.W. Smith (eds.), Routledge, London, 1991.
- , "Introduction" a *On Liberty and Other Essays* de J.S. Mill, John Gray (ed.), Oxford World's Classics, Oxford University Press, Oxford, 1991 (reimpr. 2008).
- , *Liberalismo*, trad. de María Teresa de Mucha, Alianza Editorial, Madrid, 1994.
- , *Mill on Liberty: A Defence*, Routledge, London, 2d. ed. 1996.
- GREEN L., "The Morality in Law", en *Reading HLA Hart's The Concept of Law*, Luis Duarte D'Almeida, James Edwards y Andrea Dolcetti (eds.), Hart Publishing, Oxford, 2013.
- GREIG J.Y.T. (ed.), *The Letters of David Hume*, Oxford, Clarendon Press, 1969.
- GREY T.C. (ed.), *The Legal Enforcement of Morality*, Alfred A. Knopf, New York, 1983.
- GUISÁN E., "John Stuart Mill: un hombre para la libertad", en *Ágora*, 1987.
- , "Immanuel Kant: una visión masculina de la ética", en *Esplendor y miseria de la ética kantiana*, E. Guisán (comp.), Anthropos, Barcelona, 1ª ed. 1988.
- , "Necesidad de una crítica de la razón pura práctica", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 1988.
- , "Una justificación utilitarista de los derechos humanos", en *El fundamento de los derechos humanos*, Javier Muguerza y otros autores (ed. preparada por Gregorio Peces-Barba), Debate, Madrid, 1989.
- , "Liberalismo y Socialismo en John Stuart Mill", en *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares*, vol. I, 1991-1992.
- , "El Utilitarismo", en *Historia de la Ética*, vol. II: La Ética Moderna, Victoria Camps (ed.), Crítica, Barcelona, 1992.
- , "Kant contra la felicidad personal", en *Moral, Derecho y Política en Immanuel Kant*, Julián Carvajal Córdón (coord.), Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1999.
- , "Harriet Taylor Mill, John Stuart Mill y la ética del siglo XXI", en *John Stuart Mill y las fronteras del liberalismo*, Manuel Escamilla (ed.), Universidad de Granada, 2004.
- , *Una ética de libertad y solidaridad: J.S. Mill*, Anthropos, Barcelona, 2008.
- GUTHRIE W.K.C., *Historia de la filosofía griega*, 6 vols., Gredos, Madrid, 1984-1994.
- GUTTMAN A., *La educación democrática. Una teoría política de la educación*, trad. de Aguda Quiroga, Paidós, Barcelona, 2001.

- HABERMAS J., “El concepto de dignidad humana y la utopía de los derechos humanos”, en *La constitución de Europa*, trad. de Javier Aguirre Román, Eduardo Mendieta y María Herrera, Trotta, Madrid, 2012.
- HALL L., *Sex, Gender and Social Change in Britain Since 1880*, Palgrave Macmillan, London, 2ª ed. 2013.
- HALL S., “Reformism and the Legislation of Consent”, en *Permissiveness and Control: The Fate of the Sixties Legislation*, National Deviancy Conference (ed.), Barnes and Noble, New York, 1980.
- HALLIDAY R.J., *John Stuart Mill*, Routledge, Londres, 2004.
- HAMBURGUER J., *Intellectuals in politics. John Stuart Mill and the Philosophic Radicals*, Yale University Press, New Haven, 1965.
- , *John Stuart Mill On Liberty and Control*, Princeton University Press, New Jersey, 1999.
- HAMPSHIRE S., *Morality and Conflict*, Harvard University Press, Cambridge, 1983.
- HARBOUR W.R., *El pensamiento conservador*, trad. de Juan Carlos Gorlier y Bibiana Tonnelier, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1985.
- HARDIN R., *David Hume: Moral and Political Theorist*, Oxford University Press, New York, 2009.
- HARRIS J.A., *Hume: An Intellectual Biography*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.
- HART H.L.A., “The adscription of responsibility and rights”, en *Proceedings of the Aristotelian Society*, núm. 49, 1949.
- y HONORÉ A.M., *Causation in the Law*, Clarendon Press, Oxford, 1959.
- , “Definición y Teoría de la Ciencia Jurídica”, trad. de Genaro Carrió, en *H.L.A. Hart: Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, Depalma, Buenos Aires, 1962.
- , *The Morality of the Criminal Law*, Oxford University Press, 1965.
- , “Social Solidarity and the Enforcement of Morality”, en *University of Chicago Law Review*, vol. 35, 1967.
- , *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1968 (2ª ed. 2008 con una introducción de John Gardner).
- , “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, trad. de Liborio Hierro, Francisco Laporta y Juan Ramón De Páramo, en *Sistema*, núm. 36, 1980.
- , “Entre el Principio de Utilidad y los Derechos Humanos”, trad. de Mª Dolores González Soler, Francisco Laporta y Liborio Hierro, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 58, 1980.
- , *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1982.
- , *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983.
- , “Introducción a los principios de la pena”, trad. de J. Betegón, en *Derecho y Moral. Ensayos analíticos*, J. Betegón y J.R de Páramo (eds.), Ariel, Barcelona, 1990.

- , *Post scriptum al Concepto de derecho*, con estud. prelim., notas y bibliografía de Rolando Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000.
- , *El concepto de Derecho*, trad. de Genaro Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 3ª ed. 2009.
- y FULLER L.L., *El debate Hart-Fuller*, present. de Jorge González Jácome, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016.
- HART J., *Ask Me No More: An Autobiography*, Peter Halban, London, 1998.
- HAYEK F.A., *John Stuart Mill and Harriet Taylor: their friendship and subsequent marriage*, University of Chicago Press, Chicago, 1951.
- , *Principios de un orden social liberal*, Paloma de la Nuez (ed.), Unión Editorial, Madrid, 2001.
- HERNÁNDEZ M., “Immanuel Kant, la moral y la estética de la razón”, *Estudio Introductorio a Kant*, Gredos, Madrid, 2010.
- HEUSTON R.F.V., “Patrick Arthur Devlin 1905-1992”, en *Proceedings of the British Academy*, núm. 84, 1994.
- HEYDON J.D., “Reflections on James Fitzjames Stephen”, en *University of Queensland Law Journal*, vol. 29, núm. 1, 2010.
- HIGGINS P., *Heterosexual Dictatorship: Male Homosexuality in Postwar Britain*, Fourth Estate, London, 1996.
- HIMMELFARB G., *On Liberty and Liberalism: The Case of John Stuart Mill*, Alfred A. Knopf, New York, 1974.
- , “Introduction” a *On Liberty* de J.S. Mill, Gertrude Himmelfarb (ed.), Penguin Books, London, 1974.
- HITTINGER R., “The Hart-Devlin debate revisited”, en *The American Journal of Jurisprudence*, núm. 35, 1990.
- HOAG R.W., “Happiness and Freedom: Recent work on John Stuart Mill”, en *Philosophy and Public Affairs*, vol. 15, núm. 2, Spring 1986.
- HOBHOUSE L.T., *Liberalismo*, trad. de Julio Calvo Alfaro y estud. prelim. de José Luis Monereo Pérez, Comares, Granada, 2007.
- HOERSTER N., *En defensa del positivismo jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Gedisa, Barcelona, 2000.
- HÖFFE O., *Immanuel Kant*, trad. de Diorki Herder, Barcelona, 1986.
- HONDERICH T., “On Liberty and Morality-Dependent Harms”, en *Political Studies*, vol. 30, núm. 4, 1982.
- , *El conservadurismo. Un análisis de la tradición anglosajona*, trad. de José Manuel Álvarez Flórez, Editorial Península, Barcelona, 1993.
- HONDERICH T., *Punishment. The supposed justifications*, Penguin Books, Harmondsworth, 1984.

- HONORÉ T., “Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992)”, en *Proceedings of the British Academy*, vol. 84, Oxford University Press, Oxford, 1994.
- HORNSEY R., *The Spiv and the Architect: Unruly Life in Postwar London*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 2010.
- HOSTETTLER J., *Politics and Law in the Life of Sir James Fitzjames Stephen*, Barry Rose, London, 1995.
- HUMBOLDT W., *Los límites de la acción del Estado*, trad. y estud. preliminar de Joaquín Abellán, Tecnos, Madrid, 1988.
- HUME D., *Tratado de la naturaleza humana*, estud. preliminar de José Luis Tasset, trad. de Vicente Viqueira de 1923 con la revisión y notas de José Luis Tasset y Raquel Díaz Seijas, Gredos, Madrid, 2012.
- , “De la dignidad o mezquindad de la naturaleza humana”, en *David Hume. Ensayos morales, políticos y literarios*, ed., pról. y notas de Eugene F. Miller y trad. de Carlos Martín Ramírez, Trotta (con permiso de Liberty Fund, Inc), Madrid, 2011.
- JACOBS J.E., *The voice of Harriet Taylor Mill*, Indiana University Press, Indianapolis, 2002, p. 144.
- JAEGER W., *Paideia. Los ideales de la cultura griega*, trad. J. Xirau y W. Roces, Fondo de Cultura Económica, México, 1957.
- JEFFERY-POULTER S., *Peers, Queers and Commons: The Struggle for Gay Law Reform from 1950 to the Present*, Routledge, London, 1991.
- JÍMENEZ REDONDO M., “A propósito de la versión castellana de la obra de John Rawls A Theory of Justice”, en *Teorema: Revista internacional de filosofía*, vol. 11, núm 2/3, 1981.
- KANT I., *Lecciones sobre la ética*, introd. y notas de Roberto R. Aramayo, trad. de Roberto R. Aramayo y Concha Roldán, Crítica (Grijalbo), Barcelona, 1988.
- , *Antropología práctica*, ed. Roberto R. Aramayo, Tecnos, Madrid, 1990.
- , *Antología*, Roberto R. Aramayo (ed.), Península, Barcelona, 1991.
- , *Contestación a la pregunta: ¿Qué es la Ilustración?*, trad. de Roberto R. Aramayo, Gredos, Madrid, 2010.
- , *Crítica de la razón práctica*, trad. de Roberto R. Aramayo y estud. introd. de Maximiliano Hernández Marcos, Gredos, Madrid, 2010.
- , *Crítica de la razón pura*, trad. de Pedro Ribas y estud. introd. de José Luís Villacañas, Gredos, Madrid, 2010.
- , *En torno al tópico: eso vale para la teoría pero no sirve de nada en la práctica*, trad. de Roberto Rodríguez Aramayo y estudio introductorio de Maximiliano Hernández, Gredos, Madrid, 2010.
- , *Hacia la paz perpetua*, trad. de Jacobo Muñoz y estud. introd. de Maximiliano Hernández Marcos, Gredos, Madrid, 2010.
- , *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita*, trad. de Roberto R. Aramayo, Gredos, Madrid, 2010.

- y CONSTANT B., *¿Hay derecho a mentir? (la polémica Immanuel Kant-Benjamin Constant sobre la existencia de un deber incondicionado de decir la verdad)*, estud. prelim. de Gabriel Albiac y ed. de Eloy García, Tecnos, Madrid, 2012.
- KELSEN H., *Esencia y Valor de la Democracia*, trad. de Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz Lacambra, ed. y estud. prelim. “La democracia en el pensamiento de Kelsen” de José Luis Monereo Pérez, Comares, Granada, 2002.
- KERSTING W., “Politics, freedom, and order: Kant’s political philosophy”, en *The Cambridge Companion to Kant*, Paul Guyer (ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 1992.
- KINSEY A.C., POMERY W.B. y MARTIN, C.E., *Sexual Behavior in the Human Male*, Indiana University Press, Bloomington, 1948.
- y GEBHARD P.H., *Sexual Behavior in the Human Female*, Indiana University Press, Bloomington, 1953.
- KIRK R., *Qué significa ser conservador*, trad. de Ana Nuño López, César Vidal (ed.), Ciudadela, Madrid, 2009.
- KITCHER P., “Un argumento kantiano para la Fórmula de la Humanidad”, en *Kant y los retos práctico-morales de la actualidad*, Daniela Alegría y Paula Órdenes (coords.), Tecnos, Madrid, 2017.
- KLIEMT H., *Las instituciones morales. Las teorías empiristas de su evolución*, Fontamara, México, 2ª ed. 1998.
- KÖNING P., “Libertad en los Principios metafísicos de la Doctrina del derecho de Kant. Algunas observaciones metodológicas”, en *Kant y los retos práctico-morales de la actualidad*, Daniela Alegría y Paula Órdenes (coords.), Tecnos, Madrid, 2017.
- KÖRNER S., *Kant*, trad. de Ignacio Zapata Tellechea, Alianza Editorial, 1977 (4ª reimpr. 1995).
- KRISTOL I., *Reflexiones de un Neoconservador*, trad. de Juan Carlos Gorlier, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1986.
- KYMLICKA W., *Liberalism, community and culture*, Clarendon Press, Oxford, 1989.
- , “Liberal Individualism and Liberal Neutrality”, en *Ethics*, vol. 99, núm. 4, Julio 1989.
- , *Ciudadanía Multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, trad. de trad. de Carme Castells Auleda, Paidós, Barcelona, 1996.
- , *Filosofía política contemporánea*, trad. de Roberto Gargarella, Ariel, Barcelona, 1996.
- LACEY N., “Out of the ‘witches’ cauldron: Reinterpreting the context and re-assessing the significance of the Hart-Fuller debate”, en *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*, Peter Cane (ed.), Hart Publishing, Oxford, 2010.
- LACEY N., *A life of H.L.A. Hart: The nightmare and noble dream*, Oxford University Press, Oxford, 2004.
- LAMO DE ESPINOSA E., *Delitos sin víctima. Orden social y ambivalencia moral*, Alianza Editorial, Madrid, 1989.

- LAPORTA F.J., “Ética y Derecho en el pensamiento contemporáneo”, en *Historia de la ética*, Victoria Camps (ed.), vol. III: La ética contemporánea, Crítica, Barcelona, 1989.
- , “Comunitarismo y nacionalismo”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 17-18, Universidad de Alicante, 1995.
- LARENZ K., *Derecho justo. Fundamentos de Ética jurídica*, trad. y presentación de Luís Díez Picazo, Civitas, Madrid, 1985.
- LASKI H., *El liberalismo europeo*, trad. de Victoriano Miguélez, Fondo de Cultura Económica, México, 1939.
- LEWIS B., *Wolfenden’s Witnesses: Homosexuality in Postwar Britain*, Palgrave Macmillan, London, 2016.
- LÓPEZ ARANGUREN J.L., *Ética*, Revista de Occidente, Madrid, 1968.
- , *La democracia establecida: una crítica intelectual*, Taurus, Madrid, 1979.
- , *Ética y política*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2011.
- LÓPEZ R., *El pensamiento político de John Stuart Mill en su contexto intelectual: una aproximación conceptual*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- LÓPEZ SASTRE G., “La historicidad de las virtudes en el pensamiento de David Hume”, en *David Hume. Nuevas perspectivas sobre su obra*, Gerardo López Sastre (coord.), Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2005.
- LUQUE P., *De la Constitución a la moral. Conflictos entre valores en el Estado constitucional*, en especial cap. VII: La cuestión de los desacuerdos, Marcial Pons, Madrid, 2014.
- LYONS D., “Liberty and Harm to Others”, en *Canadian Journal of Philosophy*, supplementary vol. V, ene. 1979.
- LLAMAS GASCÓN A., *Los valores jurídicos como ordenamiento material*, Universidad Carlos III de Madrid - Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1993.
- LLANO ALONSO F.H., *El gobierno de la razón: la filosofía jurídico-política de Marco Tulio Cicerón*, Aranzadi, Navarra, 2017.
- LLEDÓ E., *Palabra y humanidad*, ed. e introd. de Juan A. Canal, KRK ediciones, Oviedo, 2015.
- M. ST. JOHN PACKE, *The life of John Stuart Mill*, pról. de F.A. Hayek, Secker and Warburg, Londres, 1954.
- MABBOTT J.D., “Punishment”, en *Mind*, vol. 48, núm. 190, 1939.
- MACCORMICK N., *Derecho legal y socialdemocracia*, trad. de M^a Dolores González Soler, Tecnos, Madrid, 1990.
- , *H.L.A. Hart*, trad. de Juan Manuel Pérez Bermejo, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- MACEDO S., *Liberal Virtues: Citizenship, virtue and community in liberal constitutionalism*, Clarendon Press, Oxford, 1990.

- MACINTYRE A., *Historia de la ética*, trad. de Roberto Juan Walton, Paidós, Barcelona, 2006 (4ª reimpr. 2013).
- , *Tras la virtud*, trad. de Amelia Valcárcel y prefacio de Victoria Camps, Austral, Barcelona, 2013.
- MACKIE J.L., *Hume's Moral Theory*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1980.
- MACPHERSON C.B., *Burke*, trad. de Néstor A. Míguez, Alianza Editorial, Madrid, 1984.
- MARDONES J.M., “La filosofía política del *neo-conservadurismo* americano”, en *Arbor*, núm. 503-504, 1987.
- MARÍ E.E., *La problemática del castigo*, Hachette, Buenos Aires, 1983, p. 89.
- MARTÍNEZ DE PISÓN J., *Justicia y orden político en Hume. Sus fundamentos filosóficos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- MARTÍNEZ CANTERA. A.L., “La larga batalla contra la homofobia en India”, en *El País*, edición del 7 de septiembre de 2018.
- MCCONVILLE M., “The judge as uncommon man”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 111, 1981.
- MCCUTCHEON J.P., “Morality and the Criminal Law: Reflections on Hart-Devlin”, en *Criminal Law Quarterly*, vol. 47, 2002.
- MCGLYNN C. y WARD I., “Would John Stuart Mill have Regulated Pornography?”, en *Journal of Law and Society*, vol. 41, núm. 4, dic. 2014.
- MCKINNON C., *Liberalism and the Defence of Political Constructivism*, Palgrave MacMillan, New York, 2002.
- MELLIZO C., *La vida privada de John Stuart Mill*, Alianza Editorial, Madrid, 1995.
- MENDOS L.R., *State-Sponsored Homophobia 2019*, International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association, Geneva, marzo 2019.
- MENÉNDEZ UREÑA E., “Ilustración y conflicto en la filosofía de la historia de Kant”, en *Kant después de Kant. En el bicentenario de la Crítica de la razón práctica*, Javier Muguerza y Roberto R. Aramayo (eds.), Tecnos, Madrid, 1989.
- MENKE F. y POLLMANN A., *Filosofía de los Derechos Humanos*, trad. de Remei Capdevila Werning, Herder, Barcelona, 2010.
- MENNINGER K., “Introducción” a *The Wolfenden Report: Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, Stein and Day, New York, 1963.
- MEYER M.J., “Dignidad”, en *Diccionario de Filosofía*, Robert Audi (ed.), trad. de Huberto Marraud y Enrique Alonso, Akal, Madrid, 2004.
- MEYERS D.T., “Self-Respect and Autonomy”, en *Dignity, Character and Self-Respect*, Robin S. Dillon (ed.), Routledge, New York, 1995.
- MICHAELSON S.E., “Religion and Morality Legislation: A Reexamination of Establishment Clause Analysis”, en *New York University Law Review*, vol. 59, 1984.

- MILL J.S., *El Utilitarismo* ed. de Esperanza Guisán, Alianza Editorial, Madrid, 1984.
- , *Autobiografía*, trad. de Carlos Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, 1986 [revisada 2008].
- , *Bentham*, trad., estud. prelim. y notas, de Carlos Mellizo, Tecnos, Madrid, 1993.
- , “Debate sobre las leyes en torno a las enfermedades contagiosas (1870)”, en *John Stuart Mill. Sobre el voto y la prostitución*, Ana de Miguel (ed.), Biblioteca Añil Feminista, ed. Almud, Castilla La Mancha, 2011.
- MILLER D., *Citizenship and national identity*, Polity Press, Cambridge, 2000 (reimpr. 2005).
- MILLER D.E., *J. S. Mill*, Polity Press, Cambridge, 2010.
- MOLINUEVO MARTÍNEZ DE BUJO J.L., “La recepción de Kant en España”, en *Estudios sobre Kant y Hegel*, Cirilo Flórez y Mariano Álvarez (eds.), Instituto de Ciencias de la Educación, Universidad de Salamanca, 1982.
- MONDOLFO R., *Breve historia del pensamiento antiguo*, Losada, Buenos Aires, 2ª ed. 2003.
- MONTERO MOLINER F., “Libertad y experiencia. La fundamentación de la libertad moral en la Crítica de la razón pura”, en *Kant después de Kant. En el bicentenario de la Crítica de la razón práctica*, Javier Muguerza y Roberto R. Aramayo (eds.), Tecnos, Madrid, 1989.
- MORESO J.J., “La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables”, en J.J. Moreso, L. Prieto Sanchís y J. Ferrer Beltrán, *Los desacuerdos en el Derecho*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010.
- MORTON J., “Obituary: Lord Devlin”, en *The Independent*, 11 de agosto de 1992.
- MOSSNER E.C., *The life of David Hume*, Clarendon, Oxford, 2001.
- MUGUERZA J., “La obediencia al Derecho y el imperativo de la disidencia (Una intrusión en un debate)”, en *Sistema*, núm. 70, 1986.
- , “Habermas en el reino de los fines”, en *Esplendor y miseria de la ética kantiana*, E. Guisán (comp.), Anthropos, Barcelona, 1ª ed. 1988.
- , “La alternativa del disenso. (En torno a la fundamentación ética de los derechos humanos)”, en *El fundamento de los derechos humanos*, Javier Muguerza y otros autores (ed. preparada por Gregorio Peces-Barba), Debate, Madrid, 1989.
- , *Desde la perplejidad. Ensayos sobre la Ética, la razón y el diálogo*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1ª ed. 1990.
- , *Ética, disenso y derechos humanos (en conversación con Ernesto Garzón Valdés)*, Argés, Madrid, 1998.
- , “Razonabilidad”, en *Democracia y virtudes cívicas*, Pedro Cerezo Galán (ed.), Biblioteca Nueva, Madrid, 2005.
- , “Del Renacimiento a la Ilustración: Kant y la ética de la Modernidad”, en *La aventura de la moralidad (paradigmas, fronteras y problemas de la ética)*, Carlos Gómez y Javier Muguerza (eds.), Alianza Editorial, Madrid, 2007.

- MULLER H.D., "Sympathy for Whom? Smith's Reply to Hume" en *Journal of the American Philosophical Association*, 2016.
- MURPHY J.G., "Legal Moralism and Liberalism", en *Arizona Law Review*, vol. 37, 1995.
- , "Moral reasons and the limitation of liberty", en *William and Mary Law Review*, vol. 40, 1999.
- NAGEL T., "The Central Questions", en *London Review of Books*, Vol. 27, núm. 3, Londres, 2005.
- NASH G.H., *La rebelión conservadora en Estados Unidos*, trad. de Mirta Rosenberg, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1987.
- NEGRO PAVÓN D., *Liberalismo y socialismo. La encrucijada intelectual de Stuart Mill*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975.
- , "Introducción" a *Capítulos sobre el Socialismo y otros escritos* de J.S. Mill, Orbis, Barcelona, 1985.
- NEWBURN T., *Permission and Regulation: Law and Morals in Post-War Britain*, Routledge, London, 1992.
- NICOLSON H., *Diaries and Letters*, vol. III: The Later Years 1945-1962, Atheneum, New York, 1968.
- NINO C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, 2ª ed. de "Notas de introducción al Derecho", Astrea, Buenos Aires, 1980.
- , *Los límites de la responsabilidad penal*, Astrea, Buenos Aires, 1980.
- NISBET R., *Conservadurismo*, trad. de Diana Goldberg Mayo, Alianza Editorial, Madrid, 1995.
- NOGUEIRA DE BRITO M., "The Harm Principle, Legal Moralism, and the Disintegration Thesis: On Lord Devlin being unable to keep playing the smuggling game", en *San Diego Law Review*, vol. 54, 2017.
- NOVAK M., *El espíritu del capitalismo democrático*, Tres Tiempos, Buenos Aires, 1988.
- NUSSBAUM M., "Aristotelian Social Democracy", en *Liberalism and the Good*, R. Bruce Douglass, Gerald M. Mara y Henry S. Richardson (eds.), Routledge, New York, 1990.
- , "The Good as Discipline, the Good as Freedom", en *Ethics of Consumption: The Good Life, Justice, and Global Stewardship*, David A. Crocker y Toby Linden (eds.), Rowman and Littlefield, Lanham, 1998.
- , "Human Dignity and Political Entitlements", en *Human Dignity and Bioethics: Essays Commissioned by the President's Council on Bioethics*, Adam Schulman (ed.), President's Council on Bioethics, Washington, 2008.
- , *Las fronteras de la justicia: consideraciones sobre la exclusión*, trad. de Ramón Vilà Vernis y Albino Santos Mosquera, Paidós, Barcelona, 2007.
- , *Crear capacidades. Propuestas para el desarrollo humano*, trad. de Albino Santos Mosquera, Paidós, Barcelona, 1ª ed. 2012.
- OLIET PALÁ A., "Neoconservadurismo", en *Historia de la Teoría Política*, Fernando Vallespín (ed.), tomo 5, Alianza Editorial, Madrid, 2002.

- OLLERO A., GARCÍA AMADO J.A. y HERMIDA DEL LLANO C., *Derecho y moral: una relación desnaturalizada*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2012.
- PANEA MÁRQUEZ J.M., “La imprescindible dignidad”, en *Bioética y Derechos Humanos: implicaciones sociales y jurídicas*, Antonio Ruiz de la Cuesta (coord.), Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005.
- PAPACCHINI A., *Filosofía y Derechos Humanos*, capítulo noveno: “El modelo kantiano”, Programa Editorial Universidad del Valle, Cali, 1997.
- PAPPE H.O., *John Stuart Mill and the Harriet Taylor Myth*, Melbourne University Press, Melbourne, 1960.
- PAREJO ALFONSO L., *Constitución y valores del ordenamiento*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.
- PARFIT D., *Personas, racionalidad y tiempo*, trad. de José Óscar Benito Vicente y pról. a la ed. española de Manuel Cruz, Síntesis, Madrid, 2004.
- , *Razones y Personas*, trad. y estud. introd. de Mariano Rodríguez González Mínimo Tránsito - Antonio Machado Libros, Madrid, 2004.
- PARRIS M., “Preface to the 1999 edition”, en WILDEBLOOD P., *Against the Law* Phoenix, London, 1ª ed. 1955 y 2ª ed. 1999.
- PASSMORE J., *Hume’s intentions*, Gerald Duckworth, Londres, 1968.
- PATON H.J., *The Categorical Imperative. A Study in Kant’s Moral Philosophy*, Hutchinson, Londres, 1946.
- , *The Moral Law*, Hutchinson University Library, London, 1948.
- PATZIG G., *Ética sin metafísica*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Alfa, Argentina, 1975.
- PECES-BARBA G., *Libertad, poder, socialismo*, Cívitas, Madrid, 1978.
- , *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Debate, Madrid, 1983.
- , *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984.
- , “Prólogo” a DE PÁRAMO J.R., *H.L.A. Hart y la Teoría Analítica del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- , *Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988.
- , *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2010.
- (coord.), *Curso de derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, 1995.
- , “Ética pública y ética privada”, en *Educación para la Ciudadanía y Derechos Humanos*, Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández, Rafael de Asís y Francisco Javier Ansuátegui (coords.), Espasa Calpe, Madrid, 2007.
- PEREDA C.F., “Así es el juez Antonin Scalia”, en *El País*, 26 de junio de 2015.

- , “Las sentencias del juez Scalia”, en *El País*, 14 de febrero de 2016.
- PÉREZ BERMEJO J.M., “Autonomía y desconfianza en ‘El imperio de la ley’ del profesor Laporta”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, ed. especial: homenaje a Francisco Laporta y Liborio Hierro, Universidad de Alicante, 2017.
- PÉREZ DE OLIVA F., *Diálogo de la dignidad del hombre*, estud. prelim. de José Luís Abellán, Ediciones Cultura Popular, Barcelona, 1967.
- PÉREZ LUÑO A.E., *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1982.
- , *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984.
- , “Sobre los valores fundadores de los derechos humanos”, en *El fundamento de los derechos humanos*, Javier Muguerza y otros autores (ed. preparada por Gregorio Peces-Barba), Debate, Madrid, 1989.
- , “El papel de Kant en la formación histórica de los derechos humanos”, en *Historia de los Derechos Fundamentales*, Gregorio Peces-Barba Martínez, Eusebio Fernández García y Rafael de Asís Roig (eds.), Tomo II: Siglo XVIII, vol. II: La filosofía de los derechos humanos, Dykinson, Madrid, 2001.
- PÉREZ QUINTANA A., “Lo posible por libertad en la Crítica de la razón práctica”, en *Kant después de Kant. En el bicentenario de la Crítica de la razón práctica*, Javier Muguerza y Roberto R. Aramayo (eds.), Tecnos, Madrid, 1989.
- PÉREZ TRIVIÑO J.L., “Homosexuales y autorrespeto”, en *El País*, edición impresa de Cataluña del domingo 10 de abril de 2005.
- , *De la dignidad humana y otras cuestiones jurídico-morales*, Fontamara, México, 2007.
- PETTIT P., *Republicanismo*, trad. de Toni Doménech, Paidós, Barcelona, 1999.
- PICO DELLA MIRÁNDOLA G., *De la dignidad del hombre*, con dos apéndices: Carta a Hermolao Bárbaro y Del ente y el uno, ed. preparada por Luis Martínez Gómez, Editora Nacional, Madrid, 1984.
- PLATÓN, *Protágoras*, trad. de Francisco Javier Martínez García, Alianza Editorial, Madrid, 1ª ed. 1998.
- , *Protágoras*, pról. y trad. Carlos García Gual, estud. introd. Antonio Alegre Gorri, Gredos, Madrid, 2010.
- POCOCK J.G.A., *El Momento maquiavélico*, trad. de Marta Vázquez Pimentel y Eloy García, Tecnos, Madrid, 2002.
- POPPER K., *La sociedad abierta y sus enemigos*, trad. de Eduardo Loedel, Paidós, Barcelona, 2010.
- POSNER R., “Foreword” a STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, University of Chicago Press, Chicago, 1991.
- , “The Romance of Force: James Fitzjames Stephen on Criminal Law”, en *Ohio State Journal of Criminal Law*, núm. 10, 2012.

- PRESNO LINERA M.A., “Dignidad Humana y libre desarrollo de la personalidad”, en *Dignidad humana y derecho fundamental*, Ricardo Chueca (dir.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.
- PRIETO SANCHÍS L., “Teoría del Derecho y Filosofía Política en Ronald Dworkin”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 14, Madrid, mayo-agosto 1985.
- , *Sobre principios y normas. Problemas de razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- RABOSSA E.A., *La justificación moral del castigo*, Astrea, Buenos Aires, 1976.
- RADZINOWICZ L., *Sir James Fitzjames Stephen, 1829-1894: and his Contribution to the Development of Criminal Law*, Bernard Quaritch, London, 1957.
- RAEDER L.C., *John Stuart Mill and the religion of humanity*, University of Missouri Press, Columbia, 2002.
- RAWLS J., “Social Unity and Primary Goods”, en *Utilitarianism and Beyond*, Amartya Sen y Bernard Williams (comps.), Cambridge University Press, New York, 1982.
- , “Justice as Fairness: Political not Metaphysical”, en *Philosophy and Public Affairs*, vol. 14, núm. 3, Summer 1985.
- , *La justicia como equidad. Una reformulación*, trad. de Andrés de Francisco, Erin Kelly (ed.), Paidós, Barcelona, 2002.
- , *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*, trad. de Andrés de Francisco, Paidós, Barcelona, 2007.
- RAZ J., “En memoria de H.L.A. Hart”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 13, Universidad de Alicante, Alicante, 1993.
- , *La ética en el ámbito público*, trad. M^a Luz Melón, Gedisa, Barcelona, 2001.
- , *Value, respect and attachment*, Cambridge University Press, 2001.
- REES J., *Looking for Mr Nobody: The Secret Life of Goronwy Rees*, Weidenfeld and Nicolson, London, 1994.
- REES J.C., “The thesis of the *Two Mills*”, en *Political Studies*, 25, 1977.
- , *John Stuart Mill’s On Liberty*, John C. Rees y G.L. Williams (eds.), Clarendon Press, Oxford, 1985.
- , “A Re-Reading of Mill On Liberty”, en *J.S. Mill On Liberty in focus*, J. Gray y G.W. Smith (eds.), Routledge, London, 1991.
- REEVES R., *John Stuart Mill: Victorian Firebrand*, Atlantic Books, London, 2007.
- RICHTER D.J., “Social Integrity and Private Immorality: The Hart-Devlin Debate reconsidered”, en *Essays in Philosophy*, núm. 2, 2001.
- RIFFARD P., *Filósofos: vida íntima*, trad. de Amparo Salvador Alcober, Diálogo, Valencia, 2007.

- RILEY J., "Individuality, Custom and Progress", en *Utilitas*, vol. 3, núm. 2, nov. 1991.
- , "One very simple principle", en *Utilitas*, vol. 3, núm. 1, mayo 1991.
- , "Human dignity: comparative and conceptual debates", en *International Journal of Law in Context*, núm. 6 (02), Cambridge University Press, jun. 2010.
- RIVERA LÓPEZ E., "Las paradojas del comunitarismo", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 17-18, Alicante, 1995.
- RIVERO A., "Liberalismo conservador (de Burke a Nozick)", en J.A. Mellón (comp.), *Ideología y movimientos políticos contemporáneos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1998.
- ROBINSON L., *Gay Men and the Left in Post-War Britain: How the Personal Got Political*, Manchester University Press, Manchester, 2007.
- ROBSON J.M., *The Improvement of Mankind. The Social and Political Thought of John Stuart Mill*, University of Toronto Press-Routledge & Kegan Paul, Toronto-Londres, 1968.
- RODRÍGUEZ ARAMAYO R., "El auténtico sujeto moral de la filosofía kantiana de la historia", en *Kant después de Kant. En el bicentenario de la Crítica de la razón práctica*, Javier Muguerza y Roberto R. Aramayo (eds.), Tecnos, Madrid, 1989.
- , "Un Kant fragmentario: la vertiente aforística del gran pensador sistemático", Introducción a *Kant. Antología*, Roberto R. Aramayo (ed.), Península, Barcelona, 1991.
- , *Crítica de la razón ucrónica. Estudios en torno a las aporías morales de Kant*, pról. de Javier Muguerza, Tecnos, Madrid, 1992.
- , "Autoestima, felicidad e imperativo elpidológico: razones y sinrazones del (anti)eudemonismo kantiano", en *Diánoia*, volumen XLIII, 1997.
- , *Immanuel Kant. La utopía moral como emancipación del azar*, Edaf, Madrid, 2001.
- , "Carta preliminar en torno a la correspondencia de Rousseau y su apuesta 'kantiana' por una primacía moral", en ROUSSEAU J.J., *Cartas morales y otra correspondencia filosófica*, Roberto R. Aramayo (ed.), Plaza y Valdés, Madrid, 2006.
- , "El diálogo de Kant con Spinoza y Rousseau: una lectura inmanente del papel asignado a Dios", en *Kant y los retos práctico-morales de la actualidad*, Daniela Alegría y Paula Órdenes (coords.), Tecnos, Madrid, 2017.
- , *Kant: entre la moral y la política*, Alianza Editorial, Madrid, 2018.
- RODRÍGUEZ BRAUN C., "Estudio preliminar" a *Sobre la libertad* de J.S. Mill, trad., estud. prelim., ed. y notas de Carlos Rodríguez Braun, Tecnos, Madrid, 2008.
- RODRIGUEZ PANIAGUA J.M., *Lecciones de Derecho Natural como introducción al Derecho*, capítulo "El artículo 10.1 de la Constitución española y la fundamentación ética de los derechos humanos", Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1988 (3ª ed.).

- ROLDÁN C., “Los Prolegómenos del proyecto kantiano sobre la paz perpetua”, en *La paz y el ideal cosmopolita de la Ilustración. A propósito del bicentenario de Hacia la Paz Perpetua de Kant*, Roberto R. Aramayo, Javier Muguerza y Concha Roldán (eds.), Tecnos, Madrid, 1996.
- ROSEN F., *Mill*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- ROSS A., “La finalidad del castigo”, trad. de G. Carrió, en *Homenaje a A.R. Gioja: Derecho, Filosofía y Lenguaje*, Astrea, Buenos Aires, 1976.
- ROSSELLI C., *Socialismo liberal*, trad. de Diego Abad de Santillán e introd. de Norberto Bobbio, Ed. Pablo Iglesias, Madrid, 1991.
- ROUSSEAU J.-J., *Discurso sobre la Economía Política*, estud. prelim. y trad. de José E. Candela, Tecnos, Madrid, 1985.
- , *El contrato social o Principios de derecho político*, estud. prelim. y trad. de María José Villaverde, Tecnos, Madrid, 5ª ed. 2007 (reimpr. 2014).
- RUBIO CARRACEDO J., “El influjo de Rousseau en la filosofía práctica de Kant”, en *Esplendor y miseria de la ética kantiana*, E. Guisán (comp.), Anthropos, Barcelona, 1ª ed. 1988.
- , “Rousseau en Kant”, en *Kant después de Kant. En el bicentenario de la Crítica de la razón práctica*, Javier Muguerza y Roberto R. Aramayo (eds.), Tecnos, Madrid, 1989.
- RUGGIERO G., *Historia del liberalismo europeo*, trad. de Carlos G. Posada y ed. al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Comares, Granada, 2005.
- RUIZ MANERO J., “Entrevista con Joseph Raz”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 9, Universidad de Alicante, 1991.
- RUIZ MIGUEL A., “Derechos Humanos y comunitarismo. Aproximación a un debate”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 12, Universidad de Alicante, 1992.
- , “La función del Derecho en un mundo global”, en *Entre Estado y Cosmópolis. Derecho y Justicia en un mundo global*, Alfonso Ruíz Miguel (ed.), cap. 1, Trotta, Madrid, 2014.
- RUIZ-GIMÉNEZ J., “Comentario al artículo 10”, en *Comentarios a las leyes políticas*, Oscar Alzaga Villamil (dir.), Constitución española de 1978 en tomo II, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1984.
- RYAN A., *J.S. Mill*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1ª ed. 1974.
- , *The Philosophy of John Stuart Mill*, Houndmills, Macmillan, 2ª ed. 1987.
- , “John Stuart Mill’s Art of Living”, en *J.S. Mill’s On Liberty in Focus*, J. Gray y G.W. Smith (eds.), Routledge, London, 1991.
- , “Mill in a liberal landscape”, en *The Cambridge Companion to Mill*, John Skorupski (ed.), Cambridge University Press, New York, 1998.
- SACHS D., “How to distinguish Self-Respect from Self-Esteem”, en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 10, núm. 4, autumn 1981.

- SÁNCHEZ GONZÁLEZ S., “Comentario introductorio al Título Primero”, en *Comentarios a las leyes políticas*, Oscar Alzaga Villamil (dir.), Constitución española de 1978 en tomo II, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1984.
- SÁNCHEZ-CUENCA I. y LLEDÓ P. (eds.), *Artículos federalistas y antifederalistas. El debate sobre la Constitución americana*, trad. de Pablo Lledó, Alianza Editorial, Madrid, 2002.
- SANDEL M., *El liberalismo y los límites de la justicia*, trad. de María Luz Melón, Gedisa, Barcelona, 2000.
- , “Judgemental Toleration”, en *Natural Law, Liberalism, and Morality: Contemporary Essays*, R.P. George (ed.), Oxford University Press, 2001.
- SAONER A., “Hume y la Ilustración Británica”, en *Historia de la Ética*, vol. II: La Ética Moderna, Victoria Camps (ed.), Crítica, Barcelona, 1992.
- SARTORI G., *Elementos de Teoría Política*, trad. de M^a Luz Morán, Alianza Editorial, Madrid, 1992.
- , *La democracia en treinta lecciones*, trad. de Alejandro Pradera, ed. Lorenza Foschini, Taurus, Madrid, 2009.
- , *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Taurus, Madrid, 2001.
- SAVATER F., “Fronteras estéticas de la ética: el ideal del amor propio”, en *Kant después de Kant. En el bicentenario de la Crítica de la razón práctica*, Javier Muguerza y Roberto R. Aramayo (eds.), Tecnos, Madrid, 1989.
- SCANLON T., “Preference and Urgency”, en *The Journal of Philosophy*, vol. LXXII, núm. 19, 1975.
- , “Los Derechos, las Metas y la Justicia”, en *Moral Pública y Privada*, trad. de Mercedes Córdoba, Fondo de Cultura Económica, México, 1983.
- SCRUTON R., *The meaning of Conservatism*, Penguin Books, England, 1980.
- , *Conservadurismo*, trad. de Diego Pereda, El Buey mudo, Madrid, 2019.
- SCHMITT A., “Las circunstancias de la tolerancia”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 11, Universidad de Alicante, 1992.
- SCHNEEWIND J.B., “Autonomy, obligation and virtue: an overview of Kant’s moral philosophy”, en *The Cambridge Companion to Kant*, Paul Guyer (ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 1992.
- SCHULTZ U., *Kant*, trad. de Francisco Payarols Casas, Labor, Barcelona, 1971, p. 94.
- SCHWARTZ L.B., “Morals Offenses and the Model Penal Code”, en *Columbia Law Review*, vol. 63, 1963.
- SCHWARTZ P., *La nueva economía política de John Stuart Mill*, Tecnos, Madrid, 1968.
- SELZNICK P., “The idea of a Communitarian morality”, en *California Law Review*, vol. 75, 1987.
- SENNETT R., *El respeto. Sobre la dignidad del hombre en un mundo de desigualdad*, trad. de Marco Aurelio Galmarini, Anagrama, Barcelona, 2003.

- SEOANE PINILLA J., “Urbanizar las pasiones: la simpatía humeana y el afinamiento moral”, en *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, año 20, núm. 40, segundo semestre de 2018.
- SEVILLA SEGURA S., *Análisis de los imperativos morales en Kant*, Servicio de Publicaciones del Departamento de Historia de la Filosofía, Universidad de Valencia, 1979.
- SHKLAR J., *Legalism, an essay on law, morals and politics*, Harvard University Press, Cambridge, 1964.
- , *Ordinary Vices*, Harvard University Press, Cambridge, 1984.
- , *Los rostros de la injusticia*, trad. de Alicia García Ruíz y pról. de Fernando Vallespín, Herder, Barcelona, 2ª ed. 2013.
- , *El liberalismo del miedo*, trad. de Ricardo García Pérez, Herder, Barcelona, 2018.
- SILBER J.R., “Procedural Formalism in Kant’s Ethics”, en *Review of Metaphysics*, núm. 28, 1974.
- SKIPPER R., “Mill and Pornography”, en *Ethics*, vol. 103, núm. 4, jul. 1993.
- SKORUPSKI J., *John Stuart Mill*, Routledge & Kegan Paul, Londres-Nueva York, 1989.
- , “Introduction: The fortunes of liberal naturalism”, en *The Cambridge Companion to Mill*, John Skorupski (ed.), Cambridge University Press, New York, 1998.
- SLOCUM, B.G. y MOOTZ, F.J. (eds.), *Justice Scalia. Rhetoric and the rule of Law*, University of Chicago Press, Chicago, 2019.
- SMITH G.W. (ed.), *John Stuart Mill’s social and political thought: critical assessments*, 4 vols., Routledge, Londres-Nueva York, 1998.
- SMITH J.C. y HOGAN B., *Criminal Law*, Butterworths, London, 7ª ed. 1992.
- SMITH K.J.M., *James Fitzjames Stephen: Portrait of a Victorian Rationalist*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988.
- STAFFORD W., *John Stuart Mill*, St. Martin Press, Nueva York, 1998.
- STAPLETON J., “James Fitzjames Stephen: Liberalism, Patriotism, and English Liberty”, en *Victorian Studies*, vol. 41, núm. 2, 1998.
- STEPHEN J.F., *Defence of the Rev. Rowland Williams, D. D., in the Arches Court of Canterbury*, Smith, Elder & Co., London, 1862.
- , *A General View of the Criminal Law of England*, Macmillan & Co., London, 1863.
- , *A Digest of the Law of Evidence*, Macmillan & Co., London, 1874.
- , *A Digest of the Criminal Law (Crimes and Punishment)*, Macmillan & Co., London, 1877.
- , *A Digest of the Law of Criminal Procedure in Indictable Offences*, Macmillan & Co., London, 1883.
- , *A History of the Criminal Law of England*, 3 vols., Macmillan & Co., London, 1883.

- , *The Story of Nuncomar and the Impeachment of Sir Elijah Impey*, 2 vols., Macmillan & Co., London, 1885.
- , *Horae Sabbaticae*, 3 vols., Macmillan & Co., London, 1892.
- STEPHEN L., *The Life of Sir James Fitzjames Stephen, Bart., A Judge of the High Court of Justice*, Smith, Elder & Co, Londres, 1895.
- STEVENS R., *Law and Politics. The House of Lords as a judicial body 1800-1976*, University of North Carolina Press, 1978.
- STRACHEY L., “The First Earl of Lytton”, en *Independent Review*, núm. 12, marzo 1907.
- STRAUSS L., *Natural Right and History*, University of Chicago Press, Chicago, 1953.
- STREET OFFENCES, Cmnd. 3231, 1928.
- STRONG S.I., “Justice Scalia as a Modern Lord Devlin: Animus and Civil Burdens in *Romer v. Evans*”, en *Southern California Law Review*, vol. 71, 1997.
- STROUD B., *Hume*, Routledge & Kegan Paul, London, 1977.
- SUGARMAN D., “Hart interviewed: H. L. A. Hart in conversation with David Sugarman”, en *Journal of Law and Society*, vol. 32, núm. 2, Cardiff University, Cardiff, 2005.
- TASSET J.L., “David Hume, el escéptico apasionado”, estudio introductorio a HUME D., *Tratado de la naturaleza humana*, trad. de Vicente Viqueira de 1923 con la revisión y notas de José Luis Tasset y Raquel Díaz Seijas, Gredos, Madrid, 2012.
- TAYLOR C., “What’s Wrong with Negative Liberty”, en *The Idea of Freedom. Essays in Honour of Isaiah Berlin*, Alan Ryan (ed.), Oxford University Press, Oxford, 1979.
- , “Cross-Purposes: The Liberal-Communitarian Debate”, en *Liberalism and the Moral Life*, Nancy L. Rosenblum (ed.), Harvard University Press, Cambridge, 1989.
- , “El Atomismo”, trad. de Silvia Mendlewicz y Albert Calsamiglia, en *Derecho y Moral. Ensayos analíticos*, J. Betegón y J.R. de Páramo (eds.), Ariel, Barcelona, 1990.
- , *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*, trad. de Ana Lizón, Paidós, Barcelona, 1996.
- , *Argumentos filosóficos. Ensayos sobre el conocimiento, el lenguaje y la modernidad*, trad. de Fina Birulés, Paidós, Barcelona, 1997.
- TEBBIT M., *Philosophy of law*, Routledge, Oxford, 3ª ed. 2017.
- TELFER E., “Self-Respect”, en *The Philosophical Quarterly*, vol. 18, núm. 71, abril 1968.
- TEN C.L., “Mill on Self-Regarding Actions”, en *On Liberty de J.S. Mill (A Norton Critical Edition)*, David Spitz (ed.), Norton & Company, New York, 1975.
- , *Mill on Liberty*, Clarendon Press, Oxford, 1980.

- , “Mill’s defence of Liberty”, en *J.S. Mill’s On Liberty in Focus*, J. Gray y G.W. Smith (eds.), Routledge, London, 1991.
- (ed.), *Mill’s Moral, Political and Legal Philosophy*, Ashgate, Dartmouth (England), 1999.
- THIEBAUT C., “¿Por qué y cómo todavía Kant?”, en *Kant después de Kant. En el bicentenario de la Crítica de la razón práctica*, Javier Muguerza y Roberto R. Aramayo (eds.), Tecnos, Madrid, 1989.
- , *Vindicación del ciudadano: un sujeto reflexivo en una sociedad compleja*, Paidós, Barcelona, 1998.
- , “La experiencia del daño y su resolución. Una indagación conceptual”, en *Confrontando el mal. Ensayos sobre memoria, violencia y democracia*, Antonio Gómez Ramos y Cristina Sánchez Muñoz (eds.), Plaza y Valdés, Madrid, 1ª ed. 2017.
- THOMAS L., “Self-Respect: Theory and Practice”, en *Dignity, Character and Self-Respect*, Robin S. Dillon (ed.), Routledge, New York, 1995.
- TIERNO GALVÁN E., “Prólogo” a *Reflexiones sobre la Revolución Francesa* de Edmund Burke, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978.
- TOCQUEVILLE A., *La democracia en América*, vol. II, trad. de Dolores Sánchez de Aleu, pról. Ángel Rivero, Alianza Editorial, Madrid, 2002 (5ª reimpr. 2011).
- TUDOR J. y USILL H. (eds.), *They Stand Apart: A Critical Survey of the Problems of Homosexuality*, William Heinemann, London, 1955.
- UPCHURCH C., *Before Wilde: Sex between Men in Britain’s Age of Reform*, University of California Press, Los Ángeles, 2009.
- VACHET A., *La ideología liberal*, dos tomos, trad. de Pablo Fernández Albaladejo, Valentina Fernández Vargas y Manuel Pérez Ledesma y pról. de Henri Lefebvre, Fundamentos, Madrid, 1972.
- VALCÁRCEL A., “Libertad e igualdad”, en *Democracia y virtudes cívicas*, Pedro Cerezo Galán (ed.), Biblioteca Nueva, Madrid, 2005.
- VÁZQUEZ R., *Liberalismo, Estado de derecho y minorías*, Paidós, México, 2001.
- , *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitarista*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2015.
- VERNON R., “John Stuart Mill and Pornography: beyond the harm principle”, en *Ethics*, vol. 106, núm. 3, abr. 1996.
- VILLACANAS J.L., *Racionalidad crítica. Introducción a la filosofía de Kant*, Tecnos, Madrid, 1987.
- , “Razón y Beruf: el problema de la eticidad en Kant y Weber”, en *Kant después de Kant. En el bicentenario de la Crítica de la razón práctica*, Javier Muguerza y Roberto R. Aramayo (eds.), Tecnos, Madrid, 1989.
- , “Kant”, en *Historia de la Ética*, vol. II: La Ética Moderna, Victoria Camps (ed.), Crítica, Barcelona, 1992.
- , “Immanuel Kant, las posibilidades de la razón”, *Estudio Introductorio a Kant*, Gredos, Madrid, 2010.

- VIROLI M., *Por amor a la patria. Un ensayo sobre las diferencias entre el patriotismo y el nacionalismo*, trad. de Patrick Alfaya McShane, Deusto, Barcelona, 2019.
- WALDRON J., “Mill and the value of Moral Distress”, en *Political Studies*, núm. 35, 1987.
- , “Is Dignity the Foundation of Human Rights?”, en *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, paper 374, 2013.
- WALZER M., *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, trad. de Heriberto Rubio, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.
- , *Guerra, política y moral*, trad. de Tomás Fernández Aúz y Beatriz Eguibar, pról. de Rafael Grasa, Paidós, Barcelona, 2001.
- WARNER STUART D., “Foreword” a STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, Liberty Fund, Indianapolis, 1993.
- WASSERSTROM R.A., “Some Problems in the Definition and Justification of Punishment”, en *Values and Morals*, A. Golman y J. Kim (eds.), Reidel Publishing Co., Dordrecht, 1978.
- WATKINS A., “The judge who retired unhurt”, en *The Spectator*, 12 de abril de 1997.
- WEDGWOOD J., *James Fitzjames Stephen*, A. Strahan, London, 1895.
- WEEKS J., *Sex, Politics and Society. The Regulation of Sexuality since 1800*, Routledge, London, 1ª ed. 1981 y 3ª ed. 2012.
- , *The World We Have Won: The Remaking of Erotic and Intimate Life*, Routledge, New York, 2007.
- WELZEL H., *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho natural y justicia material*, trad. de Felipe González Vicén, cap. IV: el idealismo alemán (Kant y Hegel), BdeF, Buenos Aires, 2011.
- WENCES I., *Hombre y sociedad en la Ilustración escocesa*, Fontamara, México, 2009.
- WEST R., “Progressive and Conservative Constitutionalism”, en *Michigan Law Review*, vol. 88, 1990, pp. 659-661.
- WILDEBLOOD P., *Against the Law*, Phoenix, London, 1ª ed. 1955 y 2ª ed. 1999.
- WILLIAM B., *Ethics and the Limits of Philosophy*, Fontana Press/Collins, London, 1985.
- WILLIAMS G.L., “Mill’s principle of Liberty”, en *Political Studies*, vol. 24, núm. 2, junio 1976.
- , “A Brief Reply to D.G. Brown on Mill”, en *Political Studies*, núm. 29, 1980.
- WILLIAMS H., SULLIVAN D. y GWYNN MATTHEWS E., *Francis Fukuyama and the End of History*, University of Wales Press, Cardiff, 1997.
- WOLFENDEN J., *Turning Points: The Memoirs of Lord Wolfenden*, Bodley Head, London, 1976.
- WOLFF J., “Mill, Indecency and the Liberty Principle”, en *Utilitas*, vol. 10, núm. 1, marzo 1998.
- WOLLHEIM R., “John Stuart Mill and the Limits of State Action”, en *Social Research*, núm. 40, spring 1973.

—, “John Stuart Mill and Isaiah Berlin: The Ends of Life and the Preliminaries of Morality”, en *The Idea of Freedom: Essays in Honour of Isaiah Berlin*, Alan Rayan (ed.), Oxford University Press, Oxford, 1979.